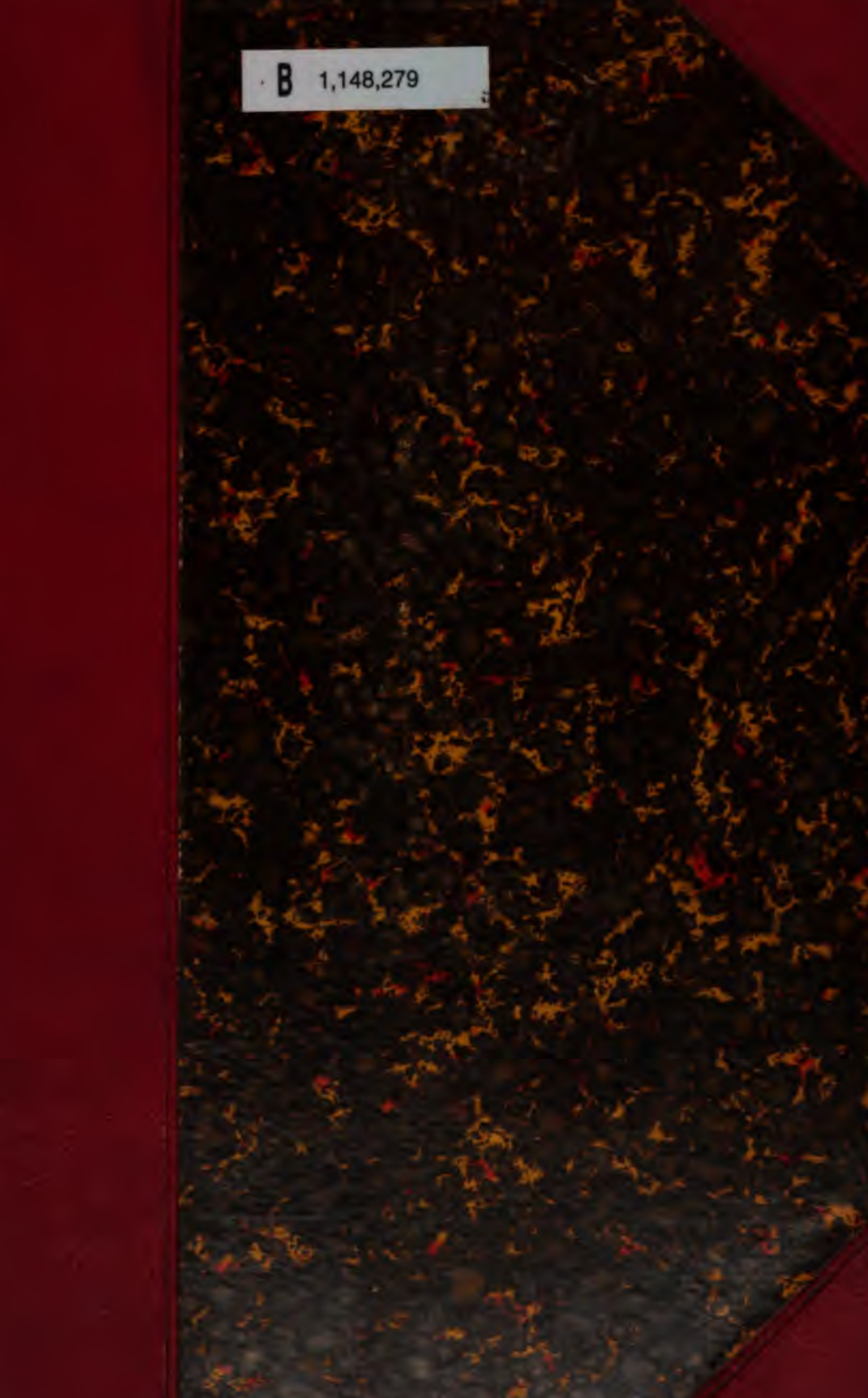
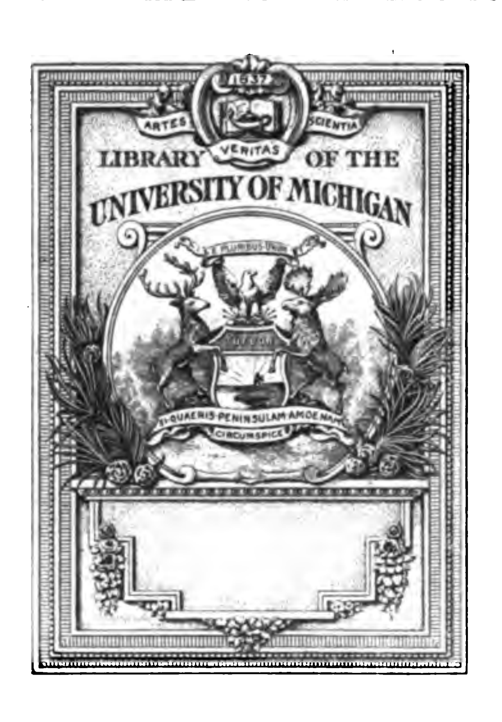



1837
ARTES
VERITAS
SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
E PLURIBUS UNUM
TUEBOR
SI QUAERIS PENINSULAM AMOENAM
CIRCUMSPICE



ARCHIV

FÜR

ÖFFENTLICHES RECHT.

HERAUSGEGEBEN

VON

Dr. PAUL LABAND Dr. OTTO MAYER

PROFESSOREN DER RECHTE IN STRASSBURG I. E.

UND

Dr. FELIX STOERK

PROFESSOR DER RECHTE IN GREIFSWALD.

SECHZEHNTER BAND.



TÜBINGEN UND LEIPZIG

VERLAG VON J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK)

1901.

C. A. Wagner's Universitäts-Buchdruckerei, Freiburg i. B.

Inhaltsverzeichniss.

Verzeichniss der Mitarbeiter.

ADLER, EMANUEL, Dr. iur. Privatdozent in Prag. S. 472—474.

ARNDT, Geh. Oberbergrath, Dr. iur. Professor in Königsberg i. Pr. S. 192 bis 202.

BIELEFELD, OTTO, Dr. iur. Amtsrichter in Tauberbischofsheim. S. 280—315.

BEHR, CHRISTIAN, Rath der Senatskommission für das Zollwesen in Hamburg. S. 1—37.

BORNHAK, CONRAD, Dr. iur. Professor in Berlin. S. 403—424; 468—469; 469—470; 471—472;

CHALLANDES, LEO, Dr. iur. Privatdozent in St. Petersburg. S. 575—607.

DOCK, ADOLF, Dr. iur. in Strassburg i. E. S. 244—279.

v. FRANKENBERG, H., Stadtrath, Vorsitzender des Schiedsgerichts der Versicherungsanstalt in Braunschweig. S. 138—139; 316—354.

GAGEUR, KARL, Erster Staatsanwalt in Konstanz. S. 611—612.

GAREIS, KARL, Geheimer Justizrath, Dr. iur. Professor in Königsberg i. Pr. S. 149—150.

GLÄSSING, Dr. iur. Amtsrichter in Offenbach. S. 161—191; 425—466.

GROSS, HANNS, Dr. iur. Professor in Czernowitz. S. 475—477.

Hagens, Dr. iur. Reichsgerichtsrath in Leipzig. S. 608—611.
v. Herrnritt, Rudolf, Dr. iur. Ministerial-Concipist, Professor in Wien S. 137—138.
Hilse, Karl, Dr. iur. Professor in Berlin. S. 139—141.
Hilse, Benno, Dr. iur. Kreisgerichtsrath in Berlin. S. 131—134; 355—358.
Klein, Max, Reichsgerichtsrath in Leipzig. S. 151—152.
Kulemann, Landgerichtsrath in Braunschweig. S. 485—527.
Kulisch, Max, Dr. iur. Privatdozent in Innsbruck. S. 152—154.
Keidel, J., Bezirksamtsassessor in Erding. S. 88—114.
Koch, Gottfried, Dr. phil. in Berlin. S. 144—146.
Mayer, Otto, Dr. iur. Professor in Strassburg i. E. S. 38—87; 203—248; 477—478; 478—479; 479—482; 482—484.
Meili, Dr. iur. Professor in Zürich. S. 467.
Maas, G., Dr. iur. Bibliothekar beim Reichsmilitärgericht in Berlin. S. 467 bis 468.
Neukamp, Dr. iur. Oberlandesgerichtsrath in Köln. S. 141—142; 142—144.
Piloty, R., Dr. iur. Professor in Würzburg. S. 135—137.
Rehm, Hermann, Dr. iur. Professor in Erlangen. S. 359—402.
Stoerk, Felix, Dr. iur. Professor in Greifswald. S. 154—156; 156—159; 615—619.
Tönnies, F., Dr. phil. Professor in Kiel. S. 146—148.
Walker, Gustav, Dr. iur. Privatdozent in Wien. S. 612—615.
Weyl, Richard, Dr. iur. Professor in Kiel. S. 115—130.



Aufsätze.

Zollausschlüsse und freie Niederlagen.

Eine zollrechtliche Studie.

Von

CHRISTIAN BEHR, Rath der Senatskommission für das Zollwesen in Hamburg.

I.

Einleitung (Terminologie).

Der Bereich der deutschen Zollgemeinschaft deckt sich bekanntlich nicht mit dem Gebiete des Deutschen Reichs. Die Zolllinie umschliesst Gebietstheile des politischen Auslandes, die dem deutschen Zollsystem angegliedert sind, die sog. Zollanschlüsse[1]. Auf der anderen Seite giebt es Theile des Reichsgebietes, die von der Zollgemeinschaft ausgeschlossen (Zollausland) sind[2].

[1] Luxemburg (Verträge vom 8. Febr. 1842 und vom 20/25. Okt. 1865, Zollvereinigungsverträge und Verhandlungen Bd. III S. 364, Bd. V S. 417ff.), sowie die österreichischen Gemeinden Jungholz (Vertrag mit Bayern vom 3. Mai 1868, cit. loc. Bd. V S. 378ff.) und Mittelberg (Vertrag vom 2. Dez. 1890, R.-G.-Bl. von 1891 S. 59).

[2] Vgl. zum Folgenden LABAND, Staatsrecht des Deutschen Reiches, 2. Aufl. Bd. II S. 899ff., sowie in Hirth's Annalen von 1873 S. 509ff.

Von den Zollausschlüssen handelt § 16 V.-Z.-G. (B. G.-B. von 1869 S. 320):

> Die Landesgrenzen gegen das Vereinsausland bilden die Zollgrenze oder Zolllinie. Es können indess einzelne Theile eines Vereinsstaates, wo die Verhältnisse es erfordern, von der Zolllinie ausgeschlossen bleiben. Für den Verkehr dieser Theile mit dem Vereinsgebiete werden nach Bedürfniss besondere Anordnungen getroffen.

Dementsprechend bestimmt Art. 33 R.-Verf. (R. G.-Bl. von 1871 S. 72):

> Deutschland bildet ein Zoll- und Handelsgebiet, umgeben von einer gemeinschaftlichen Zollgrenze. Ausgeschlossen bleiben die wegen ihrer Lage zur Einschliessung in die Zollgrenze nicht geeigneten einzelnen Gebietstheile.

Diese Gebietstheile sind:

1. eine Reihe Badischer Gemeinden[3];
2. die Insel Helgoland[4].

Von grösserer Bedeutung für das Zollrecht sind die Zollausschlüsse, von denen Art. 34 R.-Verf. handelt:

> Die Hansestädte Bremen und Hamburg mit einem dem Zwecke entsprechenden Bezirke ihres oder des umliegenden Gebietes bleiben als Freihäfen ausserhalb der gemeinschaftlichen Zollgrenze, bis sie ihren Einschluss in dieselbe beantragen[5].

---

[3] Vgl. Zollvereinigungsverträge und Verhandlungen Bd. II S. 243; Zollvereinigungsvertrag vom 8. Juli 1867 Art. 6 Ziff. 2 (B. G.-B. S. 92); Centralblatt für das Deutsche Reich von 1884 S. 155f. Löbe, Das deutsche Zollstrafrecht 2. Aufl. Leipzig 1890 S. 29; v. Aufsess, Die Zölle und Steuern des Deutschen Reiches in Hirth's Annalen von 1893 S. 194 (5. Aufl. bearbeitet von Wiesinger, München und Leipzig 1900 S. 60).

[4] Reichsgesetz vom 15. Dez. 1890 § 2 (R.-G.-Bl. S. 207); Seydel, Kommentar zur Verfassungsurkunde zu Art. 33 S. 226.

[5] Vgl. Zollvereinigungsvertrag vom 8. Juli 1867 Art. 6 Ziff. 1e (B. G.-B. S. 91). Der Ausschluss vom Zollgebiet beruht hier auf wirthschaftlichen Rücksichten; vgl. hierüber Delbrück, Art. 40 der R.-Verf. Berlin 1881 S. 44.

Wenn auch der ursprüngliche Inhalt dieser Bestimmung durch den am 15. Okt. 1888 erfolgten Anschluss Bremens und Hamburgs an das Zollgebiet wesentlich modifizirt worden ist, so bestehen doch auf Grund derselben zur Zeit noch folgende Zollausschlüsse:

1. Die Freihafengebiete der freien Stadt Hamburg in Hamburg und Cuxhaven [6];
2. die Hafenanlagen zu Bremerhaven und Geestemünde mit den angrenzenden Petroleumlagerplätzen [7].

Von den Zollausschlüssen sind zu unterscheiden die freien Niederlagen des § 107 V.-Z.-G.:

> In den wichtigeren Seeplätzen des Vereinsgebiets können örtlich mit dem Hafen in Verbindung stehende freie Niederlageanstalten (Freiläger) errichtet werden.
>
> Derartige Niederlagen werden mit den Massgaben, welche die für die einzelnen Niederlagen zu erlassenden Regulative enthalten, zollgesetzlich als Ausland behandelt. Die zur Ein- und Ausladung sowie zur Lagerung bestimmten Räume sind durch sichernde Umschliessung von dem umgebenden Gebiete abzuschliessen.

Die Einrichtung der freien Niederlagen beruht auf der Verabredung in Ziff. 4 (2 a) des Schlussprotokolls zum Vertrage der Zollvereinsstaaten über die Fortdauer des Zoll- und Handelsvereins vom 4. April 1853 [8]. Die Vereinbarung ging dahin, dass es zulässig sei, an den wichtigeren Seeplätzen örtlich mit dem Hafen in Verbindung stehende freie Niederlageanstalten unter

---

[6] Reichsgesetz vom 16. Febr. 1882 (R.-G.-Bl. S. 39); Centralblatt für das Deutsche Reich von 1888 S. 913f.; von 1892 S. 165; von 1896 S. 630. Irrthümlich ist die Annahme von HAVENSTEIN (Die Zollgesetzgebung des Reichs, Berlin 1892 N. 1c zu § 1 V.-Z.-G.) und von LÖBE (a. a. O. S. 29), dass auch die Insel Neuwerk ausserhalb der Zolllinie belegen sei.

[7] Centralblatt für das Deutsche Reich von 1888 S. 914f., 949; von 1890 S. 368; von 1892 S. 682; von 1897 S. 29, 211.

[8] Zollvereinigungsverträge und Verhandlungen Bd. IV S. 38.

Abweichung von den im Zollgesetze und in der Zollordnung für allgemeine öffentliche Niederlagen (Packhöfe, Hallen, Lagerhäuser, Freihäfen) gegebenen Vorschriften zu errichten. Diese Abweichungen werden dahin gekennzeichnet, „dass innerhalb der freien Niederlagen die zollamtliche Kontrolle nur insoweit stattfindet, um Einschwärzungen nach dem Inlande vorzubeugen, dass die Behandlung, Theilung und Umpackung der Waaren innerhalb jener Anstalten unbehindert bleibt, und dass eine Verabgabung nur nach Massgabe der aus der Niederlage nach dem Inlande oder zum Durchgange abgefertigten Mengen eintritt".

Auf der 10. Generalkonferenz[9] wurde für die freien Niederlagen ein Regulativ vereinbart, dessen Eingang bereits sich der in § 107 V.-Z.-G. aufgestellten Fiktion bedient, indem bestimmt wird, dass die freien Niederlagen nach Massgabe der im Regulative gegebenen Vorschriften „zollgesetzlich als Ausland behandelt werden sollen".

Derartige Freilager wurden in Harburg, Emden, Leer und Lübeck errichtet[10]. Nachdem durch § 5 der Novelle zur Z.-O. vom 18. Mai 1868 (B. G.-B. S. 226) bei den aus den allgemeinen Niederlagen abgemeldeten Waaren das Auslagerungsgewicht zur Grundlage der Verzollung oder weiteren Abfertigung gemacht worden, war, wie die Denkschrift zur Begründung des Vereinszollgesetzes bemerkt[11], ein wesentlicher Unterschied zwischen gewöhnlichen Packhöfen und freien Niederlagen weggefallen. Gleichwohl wurde wegen der verbleibenden Verschiedenheiten auf die Beibehaltung der letzteren Werth gelegt.

---

[9] Verhandlungen der 10. General-Konferenz § 47 Bd. I S. 116ff., Beil. XIV S. 277ff.

[10] Vgl. das Regulativ für das Freilager in Lübeck in den Zollvereinigungsverträgen und Verhandlungen Bd. V S. 498ff.

[11] Stenographische Berichte über die Verhandlungen des deutschen Zollparlaments von 1869 Anl. 4 Ziff. 55 und 60 S. 33f. (Hirth's Annalen von 1869 S. 582ff.).

Während die in den genannten Plätzen noch bestehenden Freiläger im Laufe der Zeit in allgemeine Niederlagen umgewandelt worden sind[12], ist mit dem Zollanschlusse Bremens ebendort ein bedeutsamer Freibezirk wieder errichtet worden. Derselbe ist für das Zollrecht ein Freilager im Sinne des § 107 V.-Z.-G.[13]. Das Gleiche gilt von dem Freigebiet zu Brake[14] und den Freibezirken, deren Einrichtung neuerdings für Stettin[15] und Neufahrwasser[16] erfolgt ist und für Altona sich in Vorbereitung befindet.

Die Praxis des Zollverwaltungsrechts nöthigt, den Unterschied zwischen Zollausschlüssen, freien Niederlagen und allgemeinen öffentlichen Niederlagen scharf ins Auge zu fassen. Die hier herrschende Unsicherheit wird durch die schwankende Terminologie begünstigt. Während das Vereinszollgesetz in § 97 im Anschluss an § 40 Preuss. Z.-G. vom 23. Jan. 1838 (§ 59 der alten Z.-O.)[17] die Freihäfen als eine Art der allgemeinen öffentlichen Niederlagen aufführt, ist es neuer-

---

[12] Zuletzt diejenige in Harburg: Preussisches Centralblatt für Abgabengesetzgebung und Verwaltung von 1889 S. 206; WIESINGER, Das Vereinszollgesetz, Ansbach 1896, N. c zu § 107.

[13] Vgl. den Bericht der Bundesrathsausschüsse für Zoll- und Steuerwesen, für Handel und Verkehr und für Rechnungswesen, betr. den Zollanschluss Bremens in den Stenographischen Berichten über die Verhandlungen des Reichstags von 1885 Bd. V Anl. 132 S. 491 ff.; LÖBE a. a. O. S. 30; WIESINGER a. a. O. S. 258, 272. Im Uebrigen steht der Bremer Freibezirk wie der Hamburger Freihafen unter dem Schutze der Art. 34, 78 Abs. 2 R.-Verf.: SEYDEL a. a. O. zu Art. 34 S. 242; LABAND a. a. O. Bd. II S. 904 N. 2; HÄNEL, Staatsrecht Bd. I § 115 S. 675 N. 7; THÜMMEL, Studien zum deutschen Zollrechte im Archiv f. öffentl. Recht Bd. VIII S. 406.

[14] Centralblatt für das Deutsche Reich von 1888 S. 915.

[15] Preuss. Centralblatt von 1898 S. 409.

[16] Preuss. Centralblatt von 1899 S. 73.

[17] Verhandlungen der 1. General-Konferenz Anl. A und B zum besonderen Protokolle vom 22. Aug. 1836; Hirth's Annalen von 1868 S. 59, 78; WIESINGER a. a. O. zu § 97 N. c.

dings üblich, nur wirkliche Zollausschlüsse als Freihäfen zu bezeichen[18]. Namentlich pflegt dem Hamburgischen Ausschlussgebiete im Gegensatze zu den Freibezirken Bremens und der Preussischen Hafenplätze die Bezeichnung als Freihafen beigelegt zu werden[19]. Man wird gut thun, an diesem Sprachgebrauche festzuhalten und zu unterscheiden:

a) Zollausschlüsse (Freihäfen);
b) freie Niederlagen (Freiläger, Freibezirke);
c) allgemeine öffentliche Niederlagen (Packhöfe, Freihallen).

Die letzteren wird man mit den Privatlägern (§ 108 V.-Z.-G.) zweckmässig unter der Bezeichnung Zollniederlagen (Zollläger) zusammenfassen[20].

II.

Die Zollniederlagen im Gegensatz zum Zollauslande.

Die Scheidung der Begriffe wird meines Erachtens erschwert, wenn man die Zollniederlagen als „gewissermassen ad hoc exteritoriale Räume, Enklaven des Auslands bezeichnet[21]. Diese Analogie mag wirthschaftlich zutreffen; rechtlich ist sie ebenso wenig verwerthbar wie ihre Umkehrung, nach welcher die Frei-

---

[18] Vgl. Ehrenberg im Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. III S. 662ff., Art. 34 der R.-Verf.

[19] Irrthümlich wird von Rathgen in Elster's Wörterbuch der Volkswirthschaft das Hamburger Freihafengebiet als Freibezirk bezeichnet und mit den übrigen Freibezirken in Parallele gestellt. Wie Rathgen auch Laband a. a. O. § 121 Bd. I Ziff. 1 N. 3 und Lehr im Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. VI S. 846, auch Havenstein a. a. O. zu § 107 V.-Z.-G. Andererseits scheint Thümmel a. a. O. dem Bremer Freibezirk Freihafen-Qualität beizumessen, was ebenso irrig sein würde.

[20] Vgl. auch § 7 Ziff. 3 des Zolltarifgesetzes, R.-G.-Bl. von 1894 S. 336 und Reichsgesetz vom 30. Jan. 1892 R.-G.-Bl. S. 299.

[21] v. Mayer in v. Stengel's Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts Bd. II S. 948; Laband a. a. O. § 121 Bd. 1 Ziff. 1 N. 2; vgl. Roscher, System der Volkswirthschaft Bd. III § 93, Bd. IV § 105, Adler im Handwörterbuch der Staatswissenschaften Bd. VI S. 604.

häfen „eigentlich nur grosse Transitläger sind“[22]. Richtig ist, dass in Ansehung der Entstehung der persönlichen Zollverpflichtung die öffentliche Niederlage nach § 13 V.-Z.-G. dem Zollauslande gleichsteht, dass die unerlaubte Entfernung unverzollter Waaren aus einer Niederlage den formalen Thatbestand der Zolldefraude darstellt (§ 136[8] V.-Z.-G.)[23], und dass zu Folge der positiven Bestimmung in § 9 V.-Z.-G. für die Verzollung der zu Niederlagen abgefertigten Güter — ebenso wie im Begleitschein I-Verfahren — der zur Zeit der Verzollung, nicht der zur Zeit des Eingangs der niedergelegten Waaren gültige Tarif Anwendung findet[24]. Allein im Uebrigen verbietet sich eine Parallele zwischen den Niederlagen und dem Zollauslande durch den Grundunterschied, dass zwar die Niederlagegüter, nicht aber die im Zollauslande befindlichen Waaren der Zollpflicht unterliegen. Nur Waaren, auf denen ein Zollanspruch ruht, finden der Regel nach Aufnahme in die Niederlagen (§§ 98, 100, 108 V.-Z.-G.). Wenn ausnahmsweise zollfreie Güter des freien Verkehrs zur Niederlage zugelassen werden, so nehmen sie die Eigenschaft ausländischer unverzollter Waaren an[25], d. h. — genauer gesprochen — sie treten durch Aufnahme in die Niederlage in die Zollhaft der niedergelegten Waaren ein. Die Auffassung, dass nicht schon der unter Zollkontrole stattfindende Eingang zollpflichtiger Waaren aus dem Auslande in die Niederlage, sondern erst die Verbringung der Waare aus der Niederlage in den

---

[22] Ehrenberg, Handelspolitik, 5 Vorträge, Jena 1900 S. 57.

[23] Vgl. Entscheidung des Preuss. Obertribunals vom 18. Juni 1858, Entsch. Bd. 39 S. 72; Trautvetter, Das Strafrecht der Zoll- und Verbrauchssteuergesetze, Berlin 1894 S. 44; Neumann, Die deutschen Zoll-, Steuer- und Stempelgesetze Berlin 1881 Anm. zu § 97 V.-Z.-G.

[24] Vgl. den Aufsatz des Verf. über Zollpflicht und freien Verkehr im Archiv für öffentl. Recht Bd. XIV S. 192 N. 43, S. 194 N. 50.

[25] § 101 Abs. 2 V.-Z.-G.; § 3 Niederlageregulativs; §§ 12, 17 Privatlagerregulativs; § 3 Bd. II Weinlagerregulativs (Centralblatt für das Deutsche Reich von 1888 S. 551, 237, 239, 253).

freien Verkehr des Zollgebiets die Zollpflicht begründe[26], scheint mir auf einer Verwechselung der dinglichen und der persönlichen Zollpflicht zu beruhen. Das dingliche Recht des Staates an der niedergelegten Waare ist nach den angezogenen gesetzlichen Bestimmungen meines Erachtens nicht zu bestreiten und wird auch durch die Ausübung individueller Aufsicht über die eingelagerten Waaren bewiesen.

Es folgt, dass die Auslagerung der bereits zollpflichtigen Waare aus der Niederlage zollrechtlich mit dem Waareneingange über die Grenze nicht gleichbedeutend sein kann. Daher hat auch nach der Regel des § 103 Abs. 1 V.-Z.-G. die Verzollung oder weitere Abfertigung der Niederlagegüter nach Massgabe der bei der Einlagerung festgestellten Menge und Beschaffenheit zu erfolgen[27]. Ebensowenig steht die Einlagerung in die Niederlage zollrechtlich dem Ausgange über die Grenze gleich, da die Zollpflicht bei ordnungsmässig festgestellter Ausfuhr erlischt[28], bei der Niederlegung bestehen bleibt. Nur die persönliche Haftung des Zollschuldners endigt nach richtiger Auffassung bei Niederlegung der Waare in öffentlicher Niederlage[29]. Niemals kann daher bei resolutiver Bedingtheit des dinglichen Zollanspruches die Bedingung durch Niederlegung erfüllt werden. Hier darf nicht beirren, dass im Veredelungsverkehr (§ 115 V.-Z.-G.), sowie für die Erlangung von Zollerlassen (§ 118 V.-Z.-G.), Einfuhrscheinen, Befreiungen von der inneren Abgabe und Ausfuhrvergütungen die Niederlegung in öffentlicher oder unter amtlichem Mitverschluss stehender Niederlage der Ausfuhr in der Regel

[26] v. Mayr, Laband a. a. O. Ueber die eigenthümliche Auffassung O. Mayer's vgl. unten S. 10 N. 34.

[27] Die oben (S. 11 N. 1) erwähnte Bemerkung der Denkschrift zur Begründung des Vereinszollgesetzes, nach welcher die Abfertigung nach dem Auslagerungsgewicht als Regel anzusehen wäre, trifft nicht zu; vgl. auch §§ 30 Abs. 2, 32 des Niederlageregulativs.

[28] §§ 6, 33, 56 V.-Z.-G.; Archiv für öffentl. Recht a. a. O. S. 193f.

[29] Archiv für öffentl. Recht a. a. O. S. 192f.

durch besondere Gesetzes- oder Bundesrathsvorschrift gleichgestellt ist[30]. Die Gleichstellung betrifft hier lediglich die Wirkung in Ansehung der Entlastung des Zollschuldners beziehentlich der Entstehung des Anspruchs auf Gewährung des Einfuhrscheins oder der Ausfuhrvergütung. Die Wirkung, die Waaren selbst von der Zollpflicht zu befreien, hat die Niederlegung in diesen Fällen so wenig, dass vielmehr die Waaren, soweit sie ausser Zollanspruch waren, durch Aufnahme in die Niederlage der Zollpflicht unterworfen werden. Das besagt § 3 Abs. 4 des Niederlageregulativs:

> Gegenstände, welche gegen Gewährung einer Zoll- oder Steuervergütung in die Niederlage aufgenommen sind, dürfen aus derselben, soweit Ausnahmen nicht gesetzlich zugelassen sind, nur gegen Entrichtung des tarifmässigen Eingangszolles in den freien Verkehr übergehen[31].

Die Zollpflicht der Niederlagegüter bedingt die Ausübung der Lagerkontrolen durch Verschluss, Aufsicht und Buchführung. Der Verkehr mit Bezug auf die niedergelegten Waaren ist streng gebunden[32]; ihre Bearbeitung, Umpackung, Theilung ist dem sorg-

---

[30] Vgl. Zollvereinigungsvertrag vom 8. Juli 1867, Anlage A zum Schlussprotokolle Ziff. 3, 5 (B. G.-B. S. 113); Anweisung zur Ausführung des Vereinszollgesetzes Ziff. 31 1, 32 1 (Centralblatt für das Deutsche Reich von 1888 S. 495); Zolltarifgesetz § 7 Ziff. 1 Abs. 5, Ziff. 3 (R. G.-Bl. von 1894 S. 336); Tabaksteuergesetz vom 16. Juli 1879 §§ 30, 31 (R. G.-Bl. S. 253); Zuckersteuergesetz vom 27. Mai 1896 § 6 (R. G.-Bl. S. 119); Ausführungsbestimmungen zur Branntweinsteuernovelle vom 16. Juni 1895 § 10 Abs. 2 (Centralblatt für das Deutsche Reich von 1895 S. 229), sowie die in der folgenden Note angezogenen Bestimmungen des Branntwein- und des Zuckerniederlageregulativs; vgl. auch § 33 Begleitschein-, § 6 Niederlageregulativs.

[31] Analoge Bestimmungen enthält das Weinlagerregulativ in § 3 Bd. II Abs. 3, das Branntweinniederlageregulativ in § 2 Abs. 2 (Centralblatt für das Deutsche Reich von 1887 S. 441) und das Zuckerniederlageregulativ in den §§ 2, 4 (11, 12) (Centralblatt von 1896 S. 283).

[32] Selbst bei den Privatlägern ohne amtlichen Mitverschluss und bei den Kontenlägern findet neben der Buchkontrole eine effektive Kontrole

freien Verkehr des Zollgebiets die Zollpflicht begründe[26], scheint mir auf einer Verwechselung der dinglichen und der persönlichen Zollpflicht zu beruhen. Das dingliche Recht des Staates an der niedergelegten Waare ist nach den angezogenen gesetzlichen Bestimmungen meines Erachtens nicht zu bestreiten und wird auch durch die Ausübung individueller Aufsicht über die eingelagerten Waaren bewiesen.

Es folgt, dass die Auslagerung der bereits zollpflichtigen Waare aus der Niederlage zollrechtlich mit dem Waareneingange über die Grenze nicht gleichbedeutend sein kann. Daher hat auch nach der Regel des § 103 Abs. 1 V.-Z.-G. die Verzollung oder weitere Abfertigung der Niederlagegüter nach Massgabe der bei der Einlagerung festgestellten Menge und Beschaffenheit zu erfolgen[27]. Ebensowenig steht die Einlagerung in die Niederlage zollrechtlich dem Ausgange über die Grenze gleich, da die Zollpflicht bei ordnungsmässig festgestellter Ausfuhr erlischt[28], bei der Niederlegung bestehen bleibt. Nur die persönliche Haftung des Zollschuldners endigt nach richtiger Auffassung bei Niederlegung der Waare in öffentlicher Niederlage[29]. Niemals kann daher bei resolutiver Bedingtheit des dinglichen Zollanspruches die Bedingung durch Niederlegung erfüllt werden. Hier darf nicht beirren, dass im Veredelungsverkehr (§ 115 V.-Z.-G.), sowie für die Erlangung von Zollerlassen (§ 118 V.-Z.-G.), Einfuhrscheinen, Befreiungen von der inneren Abgabe und Ausfuhrvergütungen die Niederlegung in öffentlicher oder unter amtlichem Mitverschluss stehender Niederlage der Ausfuhr in der Regel

[26] v. Mayr, Laband a. a. O. Ueber die eigenthümliche Auffassung O. Mayer's vgl. unten S. 10 N. 34.

[27] Die oben (S. 11 N. 1) erwähnte Bemerkung der Denkschrift zur Begründung des Vereinszollgesetzes, nach welcher die Abfertigung nach dem Auslagerungsgewicht als Regel anzusehen wäre, trifft nicht zu; vgl. auch §§ 30 Abs. 2, 32 des Niederlageregulativs.

[28] §§ 6, 33, 56 V.-Z.-G.; Archiv für öffentl. Recht a. a. O. S. 193f.

[29] Archiv für öffentl. Recht a. a. O. S. 192f.

durch besondere Gesetzes- oder Bundesrathsvorschrift gleichgestellt ist[30]. Die Gleichstellung betrifft hier lediglich die Wirkung in Ansehung der Entlastung des Zollschuldners beziehentlich der Entstehung des Anspruchs auf Gewährung des Einfuhrscheins oder der Ausfuhrvergütung. Die Wirkung, die Waaren selbst von der Zollpflicht zu befreien, hat die Niederlegung in diesen Fällen so wenig, dass vielmehr die Waaren, soweit sie ausser Zollanspruch waren, durch Aufnahme in die Niederlage der Zollpflicht unterworfen werden. Das besagt § 3 Abs. 4 des Niederlageregulativs:

> Gegenstände, welche gegen Gewährung einer Zoll- oder Steuervergütung in die Niederlage aufgenommen sind, dürfen aus derselben, soweit Ausnahmen nicht gesetzlich zugelassen sind, nur gegen Entrichtung des tarifmässigen Eingangszolles in den freien Verkehr übergehen[31].

Die Zollpflicht der Niederlagegüter bedingt die Ausübung der Lagerkontrolen durch Verschluss, Aufsicht und Buchführung. Der Verkehr mit Bezug auf die niedergelegten Waaren ist streng gebunden[32]; ihre Bearbeitung, Umpackung, Theilung ist dem sorg-

---

[30] Vgl. Zollvereinigungsvertrag vom 8. Juli 1867, Anlage A zum Schlussprotokolle Ziff. 3, 5 (B. G.-B. S. 113); Anweisung zur Ausführung des Vereinszollgesetzes Ziff. 31 1, 32 1 (Centralblatt für das Deutsche Reich von 1888 S. 495); Zolltarifgesetz § 7 Ziff. 1 Abs. 5, Ziff. 3 (R. G.-Bl. von 1894 S. 336); Tabaksteuergesetz vom 16. Juli 1879 §§ 30, 31 (R. G.-Bl. S. 253); Zuckersteuergesetz vom 27. Mai 1896 § 6 (R. G.-Bl. S. 119); Ausführungsbestimmungen zur Branntweinsteuernovelle vom 16. Juni 1895 § 10 Abs. 2 (Centralblatt für das Deutsche Reich von 1895 S. 229), sowie die in der folgenden Note angezogenen Bestimmungen des Branntwein- und des Zuckerniederlageregulativs; vgl. auch § 33 Begleitschein-, § 6 Niederlageregulativs.

[31] Analoge Bestimmungen enthält das Weinlagerregulativ in § 8 Bd. II Abs. 3, das Branntweinniederlageregulativ in § 2 Abs. 2 (Centralblatt für das Deutsche Reich von 1887 S. 441) und das Zuckerniederlageregulativ in den §§ 2, 4 (11, 12) (Centralblatt von 1896 S. 283).

[32] Selbst bei den Privatlägern ohne amtlichen Mitverschluss und bei den Kontenlägern findet neben der Buchkontrole eine effektive Kontrole

fältigen Kontrolsystem der Niederlageregulative unterworfen[33]. Die in eine öffentliche Niederlage aufgenommene Waare gelangt sogar in den Gewahrsam der Niederlageverwaltung, welche gemäss § 102 V.-Z.-G. Fürsorge zu leisten hat. Auch in dieser Rücksicht versagt somit die Fiktion, dass die niedergelegten Waaren „als noch im Auslande befindlich angesehen werden" (v. Mayr a. a. O.)[34].

III.

Die freien Niederlagen als fiktives Zollausland.

Dagegen wird die Rechtsnatur der freien Niederlagen nur aus dem Gesichtspunkte der Fiktion zutreffend zu bestimmen sein.

Diesen Weg weist § 107 V.-Z.-G.: Die freien Niederlagen sollen zollgesetzlich behandelt werden, als wären sie von der Zolllinie ausgeschlossen, obwohl sie innerhalb derselben belegen sind und somit in anderen Beziehungen als Theile des Zollgebiets zu gelten haben. Die zollrechtliche Bedeutung dieser Fiktion lässt sich dahin näher bestimmen, dass die Grenze gegen den Freibezirk mit Bezug auf Entstehen und Erlöschen der Zollansprüche der Zollgrenze gleich geachtet wird.

über den Lagerbestand statt; Privatlagerregulativ §§ 3, 5, 9, 16, 22, 23; Kontenregulativ §§ 8, 33 (Centralblatt von 1887, S. 588, 594).

[33] Niederlageregulativ §§ 15ff.; Privatlagerregulativ §§ 12, 14, 19, 22; Weinlagerregulativ § 5; Kontenregulativ §§ 20, 30. Für Verschlussläger und Transitläger gelten in dieser Beziehung strengere Grundsätze als für offene und Theilungsläger.

[34] Im Ergebnisse übereinstimmend: Havenstein a. a. O. N. 1 zu § 97, Lehr a. a. O. S. 846 und O. Mayer, Verwaltungsrecht Bd. I S. 408 und 409 N. 7, welcher die Niederlagen als „abgeschwächtes Ausland" bezeichnet. Freilich geht dieser Schriftsteller von einer gänzlich abweichenden Auffassung über die Natur der Steuer-(Zoll-) Pflicht aus. Mit Recht meines Erachtens bekämpft er (a. a. O. S. 403 N. 18) die von Laband vertretene Annahme einer ausschliesslich dinglichen Zollpflicht, verkennt aber seinerseits die Koexistenz dinglicher und persönlicher Zollhaftung und gelangt so zu der keineswegs klaren und meines Erachtens unhaltbaren Unterscheidung zwischen schwebender und bedingter Steuerpflicht (a. a. O. S. 406ff.). Eine nähere Widerlegung muss ich mir hier versagen.

Es folgt, dass die Zollpflicht der aus dem Freilager in das Zollgebiet eingebrachten Waaren allererst beim Eingange aus dem Freigebiete zur Entstehung gelangt. In diesem Augenblicke treten die an den Grenzeingang geknüpften zollrechtlichen Wirkungen ein (§§ 4, 14 V.-Z.-G.): der Eingang ist gedachter Grenzeingang. Für die Höhe des Zollanspruchs, soweit dieser durch den Waarenbefund bestimmt wird, ist schlechthin derjenige Zustand der Waare massgebend, in welchem sie aus dem Freibezirke eingeht[35]. Die Beschaffenheit, in welcher die Waare in den Freibezirk eingeht, ist der amtlichen Feststellung entzogen und kann schon aus diesem Grunde der Zollberechnung nicht zum Grunde gelegt werden. Aber sollte selbst im einzelnen Falle die Einlagerungsbeschaffenheit — wenn dieser Ausdruck hier statthaft ist, — amtlich feststehen, so würde gleichwohl für die Festsetzung des Zollbetrages lediglich die Auslagerungsbeschaffenheit in Betracht kommen und zwar selbst dann, wenn die Veränderung der Waarenbeschaffenheit in einer durch die betreffenden Regulative etwa verbotenen Umpackung oder Bearbeitung der Waare ihren Grund haben sollte[36]. Zuwiderhandlungen gegen die in dieser Beziehung bestehenden Verwaltungsvorschriften oder Vertragsklauseln mögen Straffolgen (Ordnungs- bezw. Vertragsstrafen), unter Umständen vielleicht den Verlust der Befugniss zur Lagerung im Freibezirke nach sich ziehen: für die Höhe des beim Eingange aus dem Freibezirke existent werdenden Zollanspruches ist eine während der Lagerung etwa vorgenommene Veränderung der Waare ohne Erheblichkeit[37].

---

[35] Vgl. die Entscheidung des Reichsgerichts VI. Civ.-S. vom 1. Dez. 1898, Entsch. Bd. XLII S. 107 ff.

[36] Die Regulative pflegen z. B. die Bestimmung zu enthalten, dass aussergewöhnliche Umpackungen, welche lediglich zur Verkürzung der Zollgefälle vorgenommen werden, von der Zollbehörde untersagt werden können.

[37] Man könnte die Meinung vertheidigen, dass jegliche, auch die im Zollauslande zur Verkürzung der Zollgefälle vor der Einfuhr vorgenommene

Von den Zollausschlüssen handelt § 16 V.-Z.-G. (B. G.-B. von 1869 S. 320):

> Die Landesgrenzen gegen das Vereinsausland bilden die Zollgrenze oder Zolllinie. Es können indess einzelne Theile eines Vereinsstaates, wo die Verhältnisse es erfordern, von der Zolllinie ausgeschlossen bleiben. Für den Verkehr dieser Theile mit dem Vereinsgebiete werden nach Bedürfniss besondere Anordnungen getroffen.

Dementsprechend bestimmt Art. 33 R.-Verf. (R. G.-Bl. von 1871 S. 72):

> Deutschland bildet ein Zoll- und Handelsgebiet, umgeben von einer gemeinschaftlichen Zollgrenze. Ausgeschlossen bleiben die wegen ihrer Lage zur Einschliessung in die Zollgrenze nicht geeigneten einzelnen Gebietstheile.

Diese Gebietstheile sind:

1. eine Reihe Badischer Gemeinden[3];
2. die Insel Helgoland[4].

Von grösserer Bedeutung für das Zollrecht sind die Zollausschlüsse, von denen Art. 34 R.-Verf. handelt:

> Die Hansestädte Bremen und Hamburg mit einem dem Zwecke entsprechenden Bezirke ihres oder des umliegenden Gebietes bleiben als Freihäfen ausserhalb der gemeinschaftlichen Zollgrenze, bis sie ihren Einschluss in dieselbe beantragen[5].

---

[3] Vgl. Zollvereinigungsverträge und Verhandlungen Bd. II S. 243; Zollvereinigungsvertrag vom 8. Juli 1867 Art. 6 Ziff. 2 (B. G.-B. S. 92); Centralblatt für das Deutsche Reich von 1884 S. 155f. Löbe, Das deutsche Zollstrafrecht 2. Aufl. Leipzig 1890 S. 29; v. Aufsess, Die Zölle und Steuern des Deutschen Reiches in Hirth's Annalen von 1893 S. 194 (5. Aufl. bearbeitet von Wiesinger, München und Leipzig 1900 S. 60).

[4] Reichsgesetz vom 15. Dez. 1890 § 2 (R.-G.-Bl. S. 207); Seydel, Kommentar zur Verfassungsurkunde zu Art. 33 S. 226.

[5] Vgl. Zollvereinigungsvertrag vom 8. Juli 1867 Art. 6 Ziff. 1e (B. G.-B. S. 91). Der Ausschluss vom Zollgebiet beruht hier auf wirthschaftlichen Rücksichten; vgl. hierüber Delbrück, Art. 40 der R.-Verf. Berlin 1881 S. 44.

Wenn auch der ursprüngliche Inhalt dieser Bestimmung durch den am 15. Okt. 1888 erfolgten Anschluss Bremens und Hamburgs an das Zollgebiet wesentlich modifizirt worden ist, so bestehen doch auf Grund derselben zur Zeit noch folgende Zollausschlüsse:

1. Die Freihafengebiete der freien Stadt Hamburg in Hamburg und Cuxhaven[6];
2. die Hafenanlagen zu Bremerhaven und Geestemünde mit den angrenzenden Petroleumlagerplätzen[7].

Von den Zollausschlüssen sind zu unterscheiden die freien Niederlagen des § 107 V.-Z.-G.:

In den wichtigeren Seeplätzen des Vereinsgebiets können örtlich mit dem Hafen in Verbindung stehende freie Niederlageanstalten (Freiläger) errichtet werden.

Derartige Niederlagen werden mit den Massgaben, welche die für die einzelnen Niederlagen zu erlassenden Regulative enthalten, zollgesetzlich als Ausland behandelt. Die zur Ein- und Ausladung sowie zur Lagerung bestimmten Räume sind durch sichernde Umschliessung von dem umgebenden Gebiete abzuschliessen.

Die Einrichtung der freien Niederlagen beruht auf der Verabredung in Ziff. 4 (2[a]) des Schlussprotokolls zum Vertrage der Zollvereinsstaaten über die Fortdauer des Zoll- und Handelsvereins vom 4. April 1853[8]. Die Vereinbarung ging dahin, dass es zulässig sei, an den wichtigeren Seeplätzen örtlich mit dem Hafen in Verbindung stehende freie Niederlageanstalten unter

---

[6] Reichsgesetz vom 16. Febr. 1882 (R.-G.-Bl. S. 39); Centralblatt für das Deutsche Reich von 1888 S. 913f.; von 1892 S. 165; von 1896 S. 630. Irrthümlich ist die Annahme von Havenstein (Die Zollgesetzgebung des Reichs, Berlin 1892 N. 1c zu § 1 V.-Z.-G.) und von Löbe (a. a. O. S. 29), dass auch die Insel Neuwerk ausserhalb der Zolllinie belegen sei.

[7] Centralblatt für das Deutsche Reich von 1888 S. 914f., 949; von 1890 S. 368; von 1892 S. 682; von 1897 S. 29, 211.

[8] Zollvereinigungsverträge und Verhandlungen Bd. IV S. 38.

auf der Zwischenstrecke ist daher auf Grund des § 48 V.-Z.-G. Erlass der Zollgefälle zu beantragen[48].

Der oben aufgestellte Satz, dass der Waareneingang in den Freibezirk für das Zollrecht nur die Bedeutung des Waarenausgangs habe, bedarf einer Einschränkung in Betreff des seewärtigen Eingangs. Salz und gewisse Waaren der Tarifposition 33 („Steine und Steinwaaren") erfahren bei seewärtigem Eingang eine privilegirte Zollbehandlung. Der Bundesrath hat bis vor Kurzem streng an der Auffassung festgehalten, dass unter seewärtigem Eingange im Sinne dieser Tarifbestimmungen nur derjenige Eingang zu verstehen sei, welcher über die Seegrenze direkt in das Zollgebiet erfolgt, dass somit der Eingang aus einem Freihafen, dessen Grenze gegen das Zollgebiet nicht Seegrenze ist, grundsätzlich als seewärtiger nicht anerkannt werden könne, gleichviel, ob die im Ausschlussgebiete gelöschten und eventuell gelagerten Waaren oder das Seeschiff selbst mit unveränderter Ladung über die Freihafengrenze in das Zollgebiet eingebracht wird[49]. Wäre diese Auffassung zutreffend, so wäre sie folgerichtig auch auf den Eingang aus Freibezirken anzuwenden, wie denn auch in der Praxis der Bremer Freibezirk in dieser Rücksicht bislang nicht günstiger behandelt worden ist, als das Hamburger oder Geestemünder Ausschlussgebiet. Dass der Freibezirk ein Theil des Zollgebiets ist, ist für diese Frage ganz unerheblich, da nicht der Eingang in den Freibezirk, sondern der Ausgang aus dem Freibezirke für die Frage des seewärtigen Eingangs nach jen[illegible] Ansicht entscheidend sein würde. Eine verschiedene Behand[illegible] der Freibezirke und Freihäfen scheint mir hier zu Folge de[illegible]tion des § 107 V.-Z.-G. ausgeschlossen.

---

[48] Vgl. Anweisung zur Ausführung des Vereinszollg[illegible] Abs. 4 (Centralblatt von 1888 S. 492).

[49] Bundesrathsbeschlüsse vom 5. Dez. 1879 und vom 4. F[illegible] APPELT-BEHREND, Kommentar zum deutschen Zolltarif, W[illegible] 3. A[illegible] 1889 S. 669 Anm. 6—8, S. 785 allgem. Anm. zu Pos. 33d; 4. A[illegible] S. [illegible]

Allein jene Auffassung erscheint als unhaltbar und ist auch vom Bundesrathe neuerdings modifizirt worden[50]. Nach Wortlaut und Absicht der Tarifvorschriften wird die Begünstigung des seewärtigen Eingangs für jeden über die Seegrenze gegen das Zollausland erfolgenden Eingang in Anspruch zu nehmen sein, gleichviel ob die Waaren unmittelbar nach dem Eingange oder nach vorgängiger Durchfuhr durch einen Freihafen oder einen Freibezirk zur Verzollung gestellt werden, wobei es wiederum unerheblich ist, ob die Zollstrasse, auf welcher der Austritt der Waare aus dem Freigebiete in das Zollgebiete stattfindet, eine Land- oder eine Wasserstrasse ist[51]. In diesem vereinzelten Falle steht also der Durchgang durch ein Freigebiet der Zwischenlagerung in einer Zollniederlage im Prinzipe gleich[52]. Allerdings bedarf es hierbei des Identitätsnachweises, dessen Führung bei Berührung eines Freigebiets die Bewilligung besonderer Kontrolen oder die Anerkennung anderweiter Identitätsnachweise voraussetzt und die Zwischenlagerung im Allgemeinen ausschliesst. Es ist deshalb wohl begründet, wenn der Bundesrath in dem erwähnten neueren Beschlusse vom 22. Juni 1899 einen seewärtigen Eingang nur dann anzunehmen vorschreibt, wenn die

Anm. 3a S. 699). Vgl. die Erklärung des Staatssekretärs des Reichsschatzamts in der Verhandlung des Reichstags vom 13. Mai 1885 Stenograph. Bericht Bd. IV S. 2813.

[50] Beschluss vom 22. Juni 1899, Preuss. Centralblatt für Abgabengesetzgebung und Verwaltung von 1899 S. 188.

[51] Für die im Text vertretene Ansicht vgl. V.-Z.-G. §§ 21 Abs. 5 e, 74, Zollregulativ für die Unterelbe §§ 5, 7, 11, Hamburgisches Zollabfertigungsregulativ § 81 (Hamb. G.-S. von 1888 Bd. III S. 353), Verhandlungen der 10. Generalkonferenz § 47 Ziff. 16, 17 S. 120 sowie die Motive der betreffenden Tarifgesetzentwürfe in den Stenograph. Berichten über die Verhandlungen des Reichstags von 1879 Bd. V. S. 825f., von 1884/85 Bd. V S. 601. Für die entgegengesetzte Ansicht vgl. die Verhandlungen des Reichstags von 1884/85 Bd. IV S. 2158, 2164, 2170ff., 2811 ff.

[52] Vgl. den bei Appelt-Behrend a. a. O. 4. Aufl. S. 591 Anm. 3b abgedruckten Erlass des Preuss. Finanzministeriums.

seewärts eingegangenen Waaren zwar durch ein Freihafengebiet durchgeführt worden sind, in diesem aber nur eine Umladung, keine Lagerung erfahren haben.

Ist es richtig, dass die Zollpflicht der aus dem Freilager eingehenden Güter mit der Ueberschreitung der Grenze gegen das Freilager entsteht, und die Zollpflicht der in das Freilager ausgebrachten Güter mit Ueberschreitung eben dieser Grenze erlischt, so stehen somit die im Freilager befindlichen Waaren ebensowenig wie die im Zollauslande lagernden Güter zu den Rechten des Zollfiskus in irgend welcher Beziehung. Sie sind an dieser Stelle weder zollfrei noch zollpflichtig, sondern zollrechtlich indifferent. Sie befinden sich weder im gebundenen noch im freien Verkehr, da sie sich ausserhalb des für das Zollrecht und dessen Kontrolen in Betracht kommenden Bereiches befinden[53]. Sie sind zollrechtlich Waaren des Auslandes.

Dieser Rechtslage entsprechen völlig die für den Bremer Freibezirk geltenden Normen, welchen, soweit bekannt, die für die übrigen Freibezirke erlassenen Regulative nachgebildet worden sind: Es gilt der Kardinalsatz:

> Der Freibezirk wird zollamtlich lediglich von aussen bewacht; innerhalb desselben bleibt die Ein- und Ausladung,

---

[53] Von freiem Verkehr spricht man zuweilen in dem Sinne eines abgabenfreien Verkehrs zwischen mehreren zollgeeinten Gebieten (vgl. z. B. § 10 des Preuss. Zollgesetzes vom 23. Jan. 1838 [G.-S. S. 78] und die Bekanntmachung über den Zollanschluss Bremens und Hamburgs im Centralblatt für das Deutsche Reich von 1888 S. 915), in der Regel aber im Sinne eines zoll- oder steuerkontrolfreien Verkehrs innerhalb eines Zollsystems: Reichsverfassung Art. 33 Abs. 2, V.-Z.-G. §§ 4, 7, 21, 24, 32, 39, 88, 101, 111, 112, 118, 157, §§ 3, 12 Branntweinsteuergesetzes vom 16. Juni 1895 (R.-G.-Bl. S. 280, 282), §§ 3, 5 Zuckersteuergesetzes vom 27. Mai 1896 (R.-G.-Bl. S. 118) und Archiv für öffentl. Recht a. a. O. S. 183 ff. Bald in diesem, bald in jenem Sinne wird von freiem Verkehr und von Freiheit des Verkehrs gesprochen in Artikel 4 des Zollvereinigungsvertrages vom 8. Juli 1867 (B. G.-B. S. 85), im Doppelsinne in § 7 V.-Z.-G.

Lagerung und Behandlung der Waaren von jeder Zollkontrole befreit[54].

Der Satz folgt unmittelbar aus der Auslandsqualität des Freibezirks. Deshalb bestimmt auch § 107 V.-Z.-G., dass die freie Niederlageanstalt durch sichernde Umschliessung von dem umgebenden Gebiete abzuschliessen ist. Die Grenze gegen den Freibezirk ist gedachte Zollgrenze und wie diese zu bewachen[55]; mit dieser Grenze hören die Rechte des Zollfiskus auf.

Von diesem Grundsatze giebt es nur scheinbare Ausnahmen:

a) In den Freibezirken so gut wie in den Zollausschlussgebieten und — auf Grund von Staatsverträgen — im Auslande, kann es vorgeschobene (sog. exponirte) Zollstellen geben, die mit Bezug auf die Entstehung der Zollansprüche als Inland zu gelten haben[56]. Auch kann im einzelnen Falle aus Gründen der Zweckmässigkeit gestattet werden, dass die Zollabfertigung statt an ordentlicher Amtsstelle bereits im Freigebiete stattfinde[57].

b) Die Ausübung zollbehördlicher Kontrolen kann bei Waaren, die auf dem Transporte den Freibezirk berühren oder in demselben lagern, in gleicher Weise wie im Zollauslande vorkommen. Diese Kontrolen sind — von einer singulären Aus-

---

[54] Vgl. den oben S. 5 N. 13 citirten Bericht der Bundesrathsausschüsse über den Antrag Bremens betr. den Zollanschluss a. a. O. S. 492 Ziff. 4 und die Bekanntmachung betr. den Freibezirk in Bremen im Bremer Gesetzblatt von 1888 S. 489 (Centralblatt für das Deutsche Reich von 1888 S. 915).

[55] Vgl. §§ 19, 127 V.-Z.-G.; Bonnenberg, Das Strafverfahren in Zoll- und Steuersachen, Berlin 1894 S. 66 Anm. 2.

[56] Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts II. Strafsenat vom 19. März 1886 und I. Strafsenat vom 19. Nov. 1888 (Entsch. Bd. XIII S. 410, Bd. XVIII S. 241), sowie die mehrerwähnte, meines Erachtens nicht bedenkenfreie Entscheidung des VI. Civilsenats vom 1. Dez. 1898 (oben S. 11 N. 35, S. 14).

[57] Bremisches Zollabfertigungsregulativ § 16 Abs. 2 (R.-G.-Bl. von 1888 S. 413); hamburgisches Zollabfertigungs-Regulativ § 17 Abs. 2 (G.-S. von 1888 S. 328).

nahme abgesehen[58] — niemals Zollkontrolen im eigentlichen Sinne, d. h. Kontrolen zur Realisirung der Zollpflicht, sondern Kontrolen zur Sicherung einer Zollbegünstigung oder Zollbefreiung, mithin zur Befreiung von der Zollpflicht. Sie finden statt nicht im Interesse des zollberechtigten Fiskus, sondern im Interesse der eventuell zollpflichtigen Personen. Sie dienen der Festhaltung der Waarenindividualität und werden daher Identitätskontrolen genannt[59]. In der Regel bezwecken sie die Feststellung des Waarenursprungs, des ausländischen oder des inländischen, der blossen Herkunft der Waaren oder der Eingangsstrecke (des seewärtigen Eingangs). Des Nachweises der ausländischen Herkunft oder Abstammung der Waaren bedarf es bei differentiellem Zolltarifsystem zur Erlangung begünstigter oder meistbegünstigter Zollbehandlung[60]; der Beweis der gleichen Inlandsqualitäten ist Voraussetzung der Zollbefreiung gemäss §§ 111 ff. V.-Z.-G.[61].

---

[58] § 14 Deklarationsscheinregulativs; § 45 Eisenbahnzollregulativs (Centralblatt von 1888 S. 587).

[59] Diese in der Zollpraxis übliche Bezeichnung ist nicht glücklich, da die Zollkontrolen, ausser in den singulären Fällen des aufgehobenen Identitätsnachweises (vgl. Archiv für öffentl. Recht a. a. O. S. 185 ff.), stets Identitätskontrolen sind. Die Unterscheidung beider Arten von Kontrollen ist nicht ohne praktische Bedeutung. Die in § 151 V.-Z.-G. unter Strafe gestellte „Verletzung des amtlichen Waarenverschlusses ohne Beabsichtigung einer Gefälleentziehung" ist nur von dem in Ausübung der eigentlichen Zollkontrole angelegten Waarenverschlusse zu verstehen (vgl. die bei Löbe a. a. O. N. 3 zu § 151 angezogene Entscheidung des Preuss. Ober-Tribunals). Es ist daher meines Erachtens bedenklich, wenn in der Praxis auch die Kontrolen über solche Waaren, welche sich zwar im gebundenen Verkehr befinden, jedoch von dem Inhaber in den freien Verkehr gesetzt werden können (Archiv für öffentl. Recht S. 183, 184), hie und da als Identitätskontrolen bezeichnet werden. Soweit es sich bei diesen Kontrolen nicht um Anlegung blosser Identitätszeichen handelt (vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts II. Strafsenat vom 1. Febr. 1887 Entsch. Bd. XV S. 216), dürfte die Strafbestimmung des § 151 V.-Z.-G. Anwendung finden.

[60] Vgl. die Bundesrathsbestimmungen betr. Ursprungszeugnisse für die aus meistbegünstigten Ländern eingehenden Waaren im Centralblatt für das Deutsche Reich von 1899 S. 226.

Die Mittel der Identitätskontrole sind im Allgemeinen diejenigen der Zollkontrole; namentlich findet auch der Zollverschluss Anwendung[62]. Zur Zeit findet jene ihre Hauptanwendung im Zwischenauslands- und im Retourwaarenverkehr[63]. Das sorgfältige System von Identitätskontrolen, welches für die seiner Zeit in Bremen und Hamburg eingerichteten Zollvereinsniederlagen bestand, gehört seit dem 15. Okt. 1888 der Geschichte an[64].

Dass die Identitätskontrolen nicht Zollkontrolen sind, erhellt auch daraus, dass ihre Ausübung nicht ausschliesslich der Zollverwaltung obliegt, sondern unter Umständen auch anderen Behörden übertragen wird. In den älteren Vorschriften des Bundesraths über die Ursprungsnachweise war den Landesregierungen überlassen, die Behörden zu bestimmen, die in den deutschen Zollausschlüssen und Freibezirken die erforderlichen Identitätskontrolen auszuüben hätten[65]. Auf Grund dieser Ermächtigung war von der Hamburgischen Regierung die Deputation für Handel und Schifffahrt mit der Wahrnehmung eines Theiles dieser Funktionen betraut worden[66].

---

[61] Von der Bedeutung der Eingangsstrecke ist oben (S. 41 ff.) gehandelt worden.

[62] Vgl. § 111 Abs. 2 V.-Z.-G.; § 5 Deklarationsscheinregulativ.

[63] Vgl. auch die Vorschriften über die Musterpassausfertigung in den Zollvereinigungsverträgen und Verhandlungen Bd. I S. 281, 435 und den bei v. Aufsess-Wiesinger a. a. O. S. 111 N. 5 angezogenen Ministerialerlassen.

[64] Diese Niederlagen bildeten ein zollrechtlich interessantes Gegenstück zu den freien Niederlagen des § 107 V.-Z.-G. Sie wurden zollgesetzlich als Theile des Zollgebiets behandelt, waren mithin fiktives Zollinland im Zollauslande, wie jene fiktives Zollausland im Zollgebiete sind; vgl. Zollvereinigungsverträge und Verhandlungen Bd. IV S. 414, 470 ff., Bd. V S. 543 ff.

[65] Bundesrathsbeschluss vom 30. Jan. 1892 Ziff. 5, Centralblatt für das Deutsche Reich S. 72.

[66] Hamburger, Gesetzsammlung von 1892 Bd. III S. 450. Anders in Bremen: Bremer Gesetzblatt von 1892 S. 9.

c) Die Sicherung des Zollinteresses gestattet nicht die Verzichtleistung auf jede Beaufsichtigung des Waarenverkehrs in den Freibezirken. Der oben (S. 19 N. 54) angeführte Bericht der Bundesrathsausschüsse über den Zollanschluss Bremens fährt wörtlich fort:

> Jedoch sollen über diejenigen Waaren, welche in den dort herzustellenden Lagerräumen zur Lagerung gelangen, kaufmännische Bücher geführt werden, aus welchen der Bestand der Läger jederzeit ersichtlich ist, und deren Einsichtnahme der Zollbehörde zusteht.

Auch diese Kontrolen sind nicht Zollkontrolen im Rechtssinne. Zwar kann auch die eigentliche Zollaufsicht im Wesentlichen auf eine Buchkontrole beschränkt bleiben[67]. Immer aber handelt es sich hier um eine individuelle Waarenaufsicht unter amtlicher Anschreibung der befristeten und bedingten Zollforderung. Die Kontrolen in den Freibezirken bezwecken nicht die Realisirung spezieller Zollansprüche, sondern nur im Allgemeinen die Verhinderung illegitimen Handels und die Durchführung der zur Sicherung des Zollinteresses getroffenen Anordnungen. Es sind Kontrolen nicht der Waaren, sondern der Waareninhaber, die auf die Befolgung der der Zollsicherheit halber gegebenen Vorschriften in der Regel bei Bewilligung des Lagerrechts oder bei Abschluss der Miethverträge mit dem Fiskus besonders verpflichtet werden. Derartige Kontrolen bestehen auch in den Zollausschlüssen, wenn auch deren Handhabung hier in der Regel anderen Behörden übertragen sein wird[68]. Sogar

---

[67] Archiv für öffentl. Recht Bd. XIV S. 183 N. 16, 17.

[68] Vgl. Art. 16 des Gesetzes betr. die Sicherung der Zollvereinsgrenze in den vom Zollgebiete ausgeschlossenen hamburgischen Gebietstheilen vom 1. Febr. 1869 (B. G.-B. S. 373) und das analoge Gesetz für Bremen vom 28. Juni 1879 (R.-G.-Bl. S. 159). Im hamburgischen Freihafengebiete insbesondere beruhen diese Kontrolen auf Art. 1 der Vereinbarung über den Zollanschluss Hamburgs vom 25. Mai 1881 (Verhandlungen zwischen Senat und Bürgerschaft von 1881 S. 237) und § 1 des Gesetzes betr. die

im Zollgebiete, im Grenzbezirke sowohl wie im Binnenlande, giebt es zollbehördliche Kontrolen zur Verhinderung des Schleichhandels (§§ 119—125 V.-Z.-G.), die dem freien Verkehr der Waaren nicht entgegenstehen (§ 7 V.-Z.-G.).

Es ergiebt sich, dass die freien Niederlagen in ihrer dermaligen Gestaltung als fiktives Zollausland fast gänzlich ihren Ursprung verleugnen, der ohne Zweifel auf die öffentlichen Zollniederlagen (Packhöfe) zurückführt. Der Zollvereinigungsvertrag vom 4. April 1853 geht davon aus, dass die freie Niederlage eine besondere Art der allgemeinen öffentlichen Niederlagen sein solle (vgl. oben S. 4), und wenn zwar das auf der 10. Generalkonferenz beschlossene Regulativ (vgl. oben S. 4 N. 9) die Fiktion des § 107 V.-Z.-G. bereits aufstellt, so lassen doch die Vorschriften des Regulativs über Anmeldung der Waaren zur Niederlage, über allgemeine und unter Umständen selbst spezielle Revision derselben, Anmeldung der Waarenbearbeitung u. a. m. die folgerichtige Durchführung jenes Prinzips vermissen[69].

Das heutige Zollrecht hat die freien Niederlagen von dem System der Lagerkontrolen befreit; spezifisch zollrechtliche Verschiedenheiten zwischen freien Niederlagen und Zollausschlüssen giebt es zur Zeit, wie dargelegt wurde, nicht.

IV.

Zollausschlüsse und freie Niederlagen.

Gleichwohl bestehen Unterschiede, wenn auch nicht in der Richtung, in welcher sie bei oberflächlicher Betrachtung zu liegen scheinen.

Organisation der Zollverwaltung vom 11. Mai 1888 (G.-S. Bd. III S. 24). Vgl. auch das Zollkartell zwischen Deutschland und Oesterreich-Ungarn, Art. 10 und Anl. D zum Handelsvertrage vom 6. Dez. 1891 (R.-G.-Bl. von 1892 S. 6, 63ff.

[69] Vgl. namentlich §§ 14, 18, 28, 37 des Regulativs: Verhandlungen der 10. Generalkonferenz, Beil. XIV S. 277ff.

1. Der Unterschied liegt nicht in der äusseren Gestaltung[70]. Gerade hierin nähern sich die freien Niederlagen ganz den Ausschlussgebieten. Während die Packhöfe Anstalten des Staates sind, deren Benützung von einer im Einzelfalle ertheilten Gebrauchserlaubniss abhängig ist[71], sind die Freiläger in der Regel wie die Zollausschlüsse Gebietstheile mit Strassen, Wasserläufen, Quais und Hafenanlagen, die im Gemeingebrauche stehen und deren Benutzung daher Jedermann schlechthin freisteht (§ 107 V.-Z.-G.)[72].

Diese grundsätzliche Verschiedenheit der verwaltungsrechtlichen Gestaltung wird dadurch nicht berührt, dass der Staat in der Regel Werth darauf legen wird, das Privateigenthum in den Freigebieten soweit wie thunlich zu beschränken, wodurch er in die Lage gesetzt wird, seine Zwecke eventuell auch auf privatwirthschaftlichem (rechtsgeschäftlichem) Wege zur Geltung zu bringen.

2. Der Unterschied liegt nicht auf verfassungsrechtlichem Gebiete. Bereits oben (S. 5 N. 13) ist bemerkt worden, dass Art. 34 der Reichsverfassung nicht nur auf das Hamburger, sondern auch auf das Bremer Freigebiet fortdauernd Anwendung findet. Im Uebrigen aber untersteht die Vollziehung von Zollausschliessungen[73] wie von Zollanschliessungen[74], nicht anders wie die Errichtung und die Einziehung von Freibezirken der Beschlussfassung des Bundesraths.

3. Irrthümlich ist die Auffassung, nach welcher ein wesentlicher Unterschied zwischen Zollausschlüssen und Freilägern darin bestehen soll, dass in den Ausschlüssen, nicht aber in den freien

---

[70] Vgl. Ehrenberg, Handwörterbuch a. a. O. S. 662.

[71] O. Mayer a. a. O. Bd. I § 38 S. 138 ff.

[72] O. Mayer a. a. O. § 37 S. 114 ff. Die Bezeichnung „Freigebiet" ist daher auf Freibezirke so gut wie auf Zollausschlüsse anwendbar.

[73] A. M. Hänel, Deutsches Staatsrecht Bd. I § 115 S. 676; dawider Seydel a. a. O. zu § 33 S. 226.

[74] A. M. Delbrück a. a. O. S. 46 bezüglich der Freigebiete von Geestemünde und Brake; dawider Laband a. a. O. S. 901, G. Meyer, Verwaltungsrecht S. 303, Hänel, Studien zum deutschen Staatsrechte Bd. I S. 185.

Niederlagen, Industriebetriebe stattfinden dürfen[75]. Dem widersprechen zunächst die thatsächlichen Verhältnisse. Im Bremer wie im Stettiner Freibezirk ist die Errichtung von Werkstätten für die Reparatur von Seeschiffen gestattet. Andererseits sind im Zollausschluss Cuxhaven private industrielle Betriebe mit Ausnahme solcher für den Bau und die Reparatur von Schiffen nicht zugelassen[76]. Auch wäre es irrig, anzunehmen, dass im Hamburger Freihafen jede Art der Waarenfabrikation schlechthin erlaubt sei; es erfolgt vielmehr in jedem Einzelfalle eine Prüfung der Zulassungsfähigkeit des Betriebes nach zoll- und handelspolitischen Gesichtspunkten. Eine Fabrikation von Tabak oder Cigarren z. B. findet im Hamburger Zollausschluss so wenig wie im Bremer Freibezirke statt.

Allein ganz abgesehen hiervon ist die Auffassung nicht haltbar, als ob der Ausschluss der Industriebetriebe von den Freibezirken eine grundsätzliche Verschiedenheit beider Arten von Freigebieten begründe[77]. Es handelt sich hierbei um eine auf ausschliesslich praktischen, zoll- und wirthschaftpolitischen Rücksichten beruhende Beschränkung der Waarenbehandlung in den Freilägern, welche für die rechtliche Kennzeichnung um so weniger verwerthbar ist, als eine prinzipielle Scheidelinie zwischen industriellem Betriebe und der auch in den Freibezirken allgemein gestatteten Waarenbehandlung kaum gezogen werden kann. Bekanntlich findet auf Zollniederlagen in erheblichem Umfange eine industrielle Waarenbearbeitung statt[78], ohne dass es um des-

---

[75] Vgl. z. B. Thümmel a. a. O. S. 407 und die S. 12 N. 1 angezogene Reichstags-Drucksache, insbesondere den Kommissionsbericht vom 27. Juni 1884 S. 493 ad. Ziff. 4.

[76] Bekanntmachung des Senats vom 11. Dez. 1896 (Hamb. G.-S. von 1896 Bd. III No. 39 S. 243.

[77] Ganz übereinstimmend der Jahresbericht der Hamburger Handelskammer von 1899 S. 15.

[78] Man denke z. B. an die Petroleumraffinerie in Bremen, die Spritrektifikation in Hamburg.

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

Soweit daher das örtliche Geltungsgebiet der Zollgesetze sich — was die Regel ist — auf das von der Zolllinie begrenzte Gebiet beschränkt, schliesst es zwar die freien Niederlagen, nicht aber die Zollausschlüsse ein. Ausdrücklich ausgesprochen ist jene Beschränkung in Art. 6 des Zollvereinigungsvertrags vom 8. Juli 1867 (B. G.-B. S. 91). Hiernach sollen die Gesetze der Zollgemeinschaft, namentlich Zollgesetz, Zollordnung, Zolltarif und Zollstrafgesetz in den dort genannten Zollausschlüssen vorläufig keine Anwendung finden. Sobald jedoch die Gründe aufgehört haben, welche die volle Anwendung der Zollvereinigungsverträge auf die Zollausschlüsse hindern, soll nach Abs. 2 dieses Artikels der Bundesrath des Zollvereins über den Zeitpunkt des Inkrafttretens der Zollgesetze in dem betreffenden Staate oder Gebietstheile Bestimmung treffen. Nun stehen zwar diese Zollgesetze nicht mehr in Kraft; das Vereinszollgesetz mit den Ausführungsbestimmungen und Regulativen des Bundesraths und das Zolltarifgesetz vom 15. Juli 1879 mit seinen Novellen sind an die Stelle getreten. Allein jene durch Art. 40 R.-Verf. in Kraft erhaltene Bestimmung des Zollvereinigungsvertrags äussert insofern noch heute ihre Wirksamkeit, als auch die neuen Gesetze, wiewohl sie selbst ihr Geltungsgebiet nicht ausdrücklich einschränken, in den Zollansschlüssen keine Geltung haben. Dies dürfte namentlich auch bezüglich des Vereinszollgesetzes allgemein anerkannt sein[80]. Indess bedarf es gerade für dieses Gesetz eines Vorbehalts, denn auch darüber scheint eine Meinungsverschiedenheit nicht zu bestehen, dass die Eingangsbestimmungen der §§ 1, 2 V.-Z.-G. über die Freiheit der Ein-, Aus- und Durchfuhr und die Voraussetzung von Anordnungen, welche diese Freiheit beschränken, zur Zeit auf das Reichsgebiet als solches Bezug haben[81].

---

[80] Vgl. Löbe a. a. O. S. 29; Lehr a. a. O. S. 846.

[81] Vgl. Laband a. a. O. S. 910, Delbrück a. a. O. S. 24, Hänel a. a. O. S. 678, Stenglein, Die strafrechtlichen Nebengesetze des Reichs, Berlin 1893,

Der aufgestellten Regel entspricht es, dass, wie schon früher beim Anschluss einzelner Hamburgischer Gebietstheile an den Zollverein, so auch letzthin beim Zollanschluss vom 15. Okt. 1888 in den angeschlossenen Hamburgischen und Bremischen Gebietstheilen — nicht auch in den Ausschlussgebieten — „alle für das Zollgebiet in Beziehung auf die Verwaltung der gemeinsamen Zölle und Reichssteuern geltenden gesetzlichen Bestimmungen und Ausführungsvorschriften, soweit sie nicht für das anzuschliessende Gebiet bisher schon Geltung hatten“, in Kraft gesetzt worden sind[82].

Die spezifisch zollrechtlichen Bestimmungen der Zollgesetze, d. h. diejenigen, welche die Zollpflicht und deren Wirkungen betreffen, sind nun zwar in den Freibezirken so gut wie in den Ausschlüssen unanwendbar, wobei nur der Unterschied besteht, dass hier in der Beschränktheit des örtlichen Geltungsbereichs der Gesetze, dort in § 107 V.-Z.-G. der Grund der Unanwendbarkeit gelegen ist. Anders verhält es sich mit den Vorschriften strafrechtlichen oder strafprozessualen Inhalts, welche die Sicherung der Zollgrenze gegen den Schleichhandel bezwecken. Der Geltung dieser Vorschriften in den Freibezirken steht § 107 V.-Z.-G. nicht entgegen[83]; dagegen bedarf es für die Zollausschlüsse be-

---

Vorbemerkung zum Vereinszollgesetz S. 969. Es handelt sich hier um ein Dilemma, für welches eine Lösung ebenso schwer zu finden ist wie für jenes andere, dass das Vereinszollgesetz sich in ein Reichsgesetz verwandelt hat, wiewohl es als solches nicht publizirt worden ist; vgl. über die verschiedenen Ansichten Laband a. a. O. § 119 S. 911, Zorn, Staatsrecht des Deutschen Reiches 2. Aufl. Bd. II § 47 S. 724; G. Meyer in Hirth's Annalen von 1882 S. 779; Havenstein a. a. O. N. 2 zu § 1; Löbe a. a. O. S. 29; Denkschrift zu § 1 des Entwurfes des Vereinszollgesetzes.

[82] Bekanntmachung des Hamburgischen Senats vom 19. Sept. 1888, G.-S. Bd. III S. 549; des Bremischen Senats vom 20. Sept. 1888, G.-Bl. S. 383. Vgl. die Hamburgischen Verordnungen vom 18. Sept. 1867 (G.-S. Bd. I S. 95), 12. Okt., 30. Okt., 25. Nov. 1868 (G.-S. S. 23, 120, 258).

[83] Vgl. den S. 66 N. 1 angezogenen Bericht der Kommission für den Zollanschluss Bremens S. 7.

sonderer Massnahmen der Gesetzgebung, soweit die Sicherung der Zollgrenze solche erheischt. Nach Art. 35 R.-Verf. hat das Reich ausschliesslich die Gesetzgebung über diese Materie[84]. Es fehlt indes seither an einer einheitlichen Regelung[85]. Uebereinstimmende Vorschriften bestehen zu Folge der Gesetze vom 1. Juli 1869 (B. G.-B. S. 370ff.) und vom 28. Juni 1879 (R.-G.-Bl. S. 159) für die Hamburgischen und Bremischen Zollausschlüsse[86]. Im Preussischen Zollausschluss Geestemünde gelten die gemäss §§ 1, 4 der Verordnung vom 29. Juli 1867 (G.-S. S. 1265, 1268) im ganzen ehemaligen Hannoverschen und Schleswig-Holsteinischen Gebiete einschliesslich der Zollausschlüsse in Kraft getretenen §§ 1—27 Preuss. Z.-St.-G. vom 23. Jan. 1838 (G.-S. S. 78) und die Ordnung für das Verfahren bei Entdeckung und Untersuchung der Zuwiderhandlungen gegen die Zollgesetze vom 29. Juli 1867 (G.-S. S. 1270), für die Badischen Zollausschlüsse und für Helgoland fehlt es überhaupt an bezüglichen gesetzlichen Normen.

Die Beschränkung des örtlichen Anwendungsbereichs der Gesetze auf das Zollgebiet findet sich auch ausserhalb der Zollgesetzgebung, namentlich in den Steuergesetzen des Reichs, theils in der gleichen Art wie bei den Zollgesetzen, dass das Gesetz als solches in den Ausschlüssen keine Geltung hat[87], theils in

---

[84] Vgl. schon Art. 7 des Zollvereinigungsvertrages vom 8. Juli 1867.

[85] Löbe a. a. O. S. 29f.

[86] No. 66, 87 der Drucksachen des Bundesraths des Zollvereins von 1868; Verhandlungen des Zollparlaments von 1869, Anl. No. 8; Laband a. a. O. Bd. II § 119 N. 2; Zeller in der Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft Bd. XVII Heft 2 S. 174.

[87] Vgl. Salzabgabengesetz vom 12. Okt. 1867 (B. G.-B. S. 41), Eingangsworte; Branntweinsteuergesetz vom 8. Juli 1868 (B. G.-B. S. 384) und vom 24. Juni 1887 § 40 (R.-G.-Bl. S. 266). Brausteuergesetz vom 31. Mai 1872 (R.-G.-Bl. S. 153); Zuckersteuergesetz vom 27. Mai 1886 (R.-G.-Bl. S. 117ff.) § 83 (vgl. das Gesetz vom 9. Juli 1887, Eingangsworte, R.-G.-Bl. S. 308); Zollvereinigungsvertrag vom 8. Juli 1867 Art. 6, 3 §§ 3, 4.

der Weise, dass zwar nicht die formelle Geltung, wohl aber die praktische Anwendbarkeit des Gesetzes seinem Inhalte nach auf das Zollgebiet beschränkt bleibt[88]. Letzteres trifft auch zu für das Gesetz betreffend die Statistik des Waarenverkehrs des deutschen Zollgebiets mit dem Auslande vom 20. Juli 1879 R.-G.-Bl. S. 261) und die zur Ausführung erlassenen Bundesrathsvorschriften. Der Geltungsbereich dieser Bestimmungen ist nicht auf das Zollgebiet beschränkt. Jedoch werden die Zollausschlüsse, soweit sie als selbständiges Handelsgebiet in Betracht kommen, auch statistisch als Ausland angesehen, während die Freibezirke als Bestandtheile des Zollgebiets nach den für Zollniederlagen geltenden Vorschriften behandelt werden[89].

Für die Freibezirke gilt im Gegensatz zu den Ausschlüssen unbedingte formelle, jedoch materiell beschränkte Anwendbarkeit der Zollgesetze; denn eben „zollgesetzlich" sollen die freien Niederlagen als Ausland behandelt werden (§ 107 V.-Z.-G.). Auch hier darf nicht beirren, dass in den Zollgesetzen von Inland und selbst von „Vereinsgebiet" gelegentlich im Sinne von „Reichsgebiet" unter Einrechnung der Freigebiete die Rede ist (§§ 1, 2 V.-Z.-G.)[90].

Gerade die theilweise veraltete Terminologie der Zollgesetze giebt hie und da dem Zweifel Raum, ob Reichsinland oder Zoll-

---

[88] Tabaksteuergesetz vom 16. Juli 1879 (R.-G.-Bl. S. 245) § 2; Branntweinsteuergesetz vom 24. Juni 1887 bezw. 16. Juni 1895 (R.-G.-Bl. von 1895 S. 276ff.) § 1. Die Strandungsordnung vom 17. Mai 1874 (R.-G.-Bl. S. 73) nimmt einzelne Bestimmungen, betr. Mitwirkung der Zollbehörde in Strandungssachen, von der Anwendbarkeit in den Zollausschlüssen aus (§ 46). Das Fleischbeschaugesetz vom 3. Juni 1900 (R.-G.-Bl. S. 547) § 25 macht die Anwendung seiner Vorschriften „auf das in die Zollausschlüsse eingeführte Fleisch" von besonderer Bestimmung des Bundesraths abhängig.

[89] §§ 3, 4, 17, 24, 25 und Anl. 1 No. 1—4 der Ausführungsvorschriften des Bundesraths, Centralblatt von 1896 S. 508ff., 526.

[90] Vgl. auch Art. 1 des Sicherungsgesetzes vom 1. Juli 1869 (B. G.-B. S. 370).

inland, Reichsausland oder Zollausland gemeint sei. In der Regel freilich wird, wo es sich um den spezifischen Zollverkehr handelt, der Ausdruck „Vereinsgebiet“ und „Vereinsausland“ im Sinne von Zollgebiet und Zollausland zu verstehen sein[91]. Die gleiche Vermuthung wird zutreffen, so oft in Zollgesetzen von „Inland“ und „Ausland“ die Rede ist. Sonach wird z. B. die in § 92 V.-Z.-G. vorgesehene Abfertigungserleichterung für „vom Auslande eingehende Reisende“ auch auf den Personenverkehr über die Grenze gegen Zollausschlüsse und freie Niederlagen anwendbar sein[92]. In § 117 V.-Z.-G. wird von „inländischen Strandgütern“ im Sinne von Gütern zollinländischen Ursprungs gehandelt[93]. Diese Bestimmung sowie diejenige des § 82 V.-Z.-G. ist nur von Strandgütern zu verstehen, die an den Küsten des deutschen Zollgebiets — mithin unter Ausschluss der Küste von Helgoland — geborgen sind[94], wie auch die der deutschen Küstenfischerei und bedingungsweise gewissen Produkten der deutschen Hochseefischerei gewährte Zollfreiheit[95] der Fischerei an der Helgoländer Küste beziehentlich dem Fange Helgoländer Schiffe nicht zukommt[96].

---

[91] Vgl. z. B. §§ 7, 16, 17, 108, 111 ff. V.-Z.-G.; dagegen wird in Ziff. 19 der Anweisung zur Ausführung des Vereinszollgesetzes von „vereinsländischem Hafen“ meines Erachtens im Sinne von deutschem Hafen, nicht im Gegensatze zu Freihäfen gesprochen.

[92] Ueber den Begriff des Reisenden gehen die Ansichten auseinander: vgl. Havenstein a. a. O. § 21 Anm. 5; Löbe a. a. O. § 136 Anm. 19 S. 84, 85; Wiesinger a. a. O. § 21 lit. e, § 92a.

[93] Zirkularverfügung des Preuss. Finanzministeriums vom 23. Dez. 1869 Ziff. 10 (Preuss. Centralblatt von 1870 S. 16).

[94] Anweisung zur Ausführung des Vereinszollgesetzes Ziff. 19.

[95] Vgl. die Bundesrathsbestimmungen vom 6. Mai 1874, v. Aufsess-Wiesinger a. a. O. S. 97.

[96] Nach der Nationalität des Zollpfichtigen fragt das deutsche Zollrecht im Allgemeinen nicht. Schon die dingliche Natur der Zollpflicht bringt es mit sich, dass sie Ausländer wie Inländer in der Regel gleichmässig treffen wird (vgl. Thümmel a. a. O. S. 375). Eine singuläre Privilegirung von Ausländern enthält die Bestimmung in § 5 Ziff. 2 des Zolltarifgesetzes

V.

Zollausland als Reichsinland.

Ausserhalb der Zollgesetzgebung sind die freien Niederlagen wie die Zollausschlüsse Reichsinland. Die allgemeinen Beschränkungen des inländischen Handelsverkehrs (namentlich die Beschränkungen der Gewerbe, der Nahrungsmittel- und Patentgesetzgebung) sind selbstverständlich, soweit sie nicht zollrechtlicher Art sind, stets auf das politische, nicht auf das Zollinland zu beziehen[97]. Das Gleiche gilt für die den Grenzverkehr, mit Ausschluss des Zollverkehrs, regelnden Gesetze und Verwaltungsvorschriften, wiewohl deren Ausführung in der Regel den Organen der Zollverwaltung übertragen wird. Der Hervorhebung bedürfen zwei Punkte.

1. Im Sinne der Ein-, Aus- und Durchfuhrverbote (§§ 1, 2 V.-Z.-G. sind weder die freien Niederlagen noch die Zollausschlüsse als Ausland anzusehen; die Verbote beziehen sich auf die Reichsgrenze, nicht auf die Grenze gegen das Zollgebiet[98]

(R.-G.-Bl. von 1894 S. 334), nach welcher Ausstattungsgegenstände von Ausländern, welche sich aus Veranlassung ihrer Verheirathung im Lande niederlassen, auf besondere Erlaubniss zollfrei bleiben. In der Praxis wird diese Vergünstigung nicht nur Personen ausländischer Nationalität, sondern auch Zollausländern, d. i. Inländern, die ihren dauernden Wohnsitz in einem Zollausschlusse gehabt haben, zugestanden. (Vgl. den Erlass des Preuss. Finanzministers vom 21. Jan. 1887 bei Appelt-Behrend a. a. O. S. 14 Anm. 20.)

[97] Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts III. Strafsenat vom 25. Okt. 1890, Entsch. Bd. XXI S. 208.

[98] Vgl. besonders den Wortlaut der Verordnung, betr. die Einfuhr und Ausfuhr von Gewächsen sowie von sonstigen Gegenständen des Wein- und Gartenbaues vom 16. Juni 1886 (R.-G.-Bl. S. 191). Auch das durch Bundesrathsbeschluss vom 10. Jan. 1881 erlassene Verbot der Einfuhr von losen Spielkarten u. s. w. in den freien Verkehr (Centralblatt für das Deutsche Reich S. 15) bezieht sich auf das „Bundesgebiet“. Da das Spielkartenstempelgesetz vom 3. Juli 1878 (R.-G.-Bl. S. 133) auch in den Zollausschlüssen gilt (§§ 3, 26), so ist hier auch mit Bezug auf das Zoll-

(s. oben S. 27, 30). Die einzige Ausnahme von dieser Regel bilden die in dem Gesetze betreffend die Schlachtvieh- und Fleischbeschau vom 3. Juni 1900 (R.-G.-Bl. S. 547) vorgesehenen Verbote der Einfuhr in das Zollinland.

Die Regel findet auch Anwendung auf das Verbot der Einfuhr und Durchfuhr ausländischer Waaren, welche auf Grund des § 17 R.-G. zum Schutze der Waarenbezeichnungen vom 12. Mai 1894 (R.-G.-Bl. S. 446) der Beschlagnahme durch die Zoll- und Steuerbehörden unterliegen.

2. Zollausland ist für das geltende Recht der Regel nach Reichsinland in Ansehung der internationalen Zoll- und Handelsbeziehungen des Inlandes zum Auslande.

Die historische Betrachtung lässt auch hier einen Gegensatz zwischen freien Niederlagen und Zollausschlüssen hervortreten. Während jene dem Auslande gegenüber stets nur Bestandtheile des Zollgebiets sind, kann den Zollausschlüssen nach Vertragsrecht eine selbständige Bedeutung zukommen.

Die Verträge, welche vor Gründung des Norddeutschen Bundes zwischen dem Zollverein und auswärtigen Mächten geschlossen wurden, liessen, wie sich von selbst versteht, die dem Zollverein nicht angehörenden Staaten, soweit sie nicht den Abmachungen beim Vertragsschlusse[99] oder nachträglich[100] beitraten, unberührt. Da die Verträge nicht, wie jetzt üblich, zu Gunsten auch der künftig dem Zollverbande angehörenden Gebietstheile

ausland der Begriff des freien Verkehrs anwendbar, selbstverständlich jedoch nur in dem beschränkten Sinne der Freiheit von Stempelsteuerkontrole (vgl. oben S. 18 N. 53).

[99] Vgl. den Vertrag mit China vom 2. Sept. 1861 (Handels- und Schifffahrtsverträge Deutschlands mit dem Auslande von 1851—1872, Berlin 1872 S. 37 ff.), an welchem sich auch Mecklenburg und die Hansestädte betheiligten.

[100] Vgl. die Deklaration vom 23. März 1871, betr. den Beitritt Bremens und Hamburgs zum Handelsvertrage zwischen dem Zollverein und den Niederlanden vom 31. Dez. 1871 (ebenda S. 357).

— in favorem tertii — abgeschlossen, sondern ausdrücklich auf die Namen der kontrahirenden souveränen Staaten gestellt wurden, so bedurfte es auch bei den dem Zollverbande sich anschliessenden Ländern besonderer Beitrittskonventionen[101]. Die den Verträgen nicht beitretenden Staaten waren selbstverständlich nicht gehindert, eigene Verträge zur Regelung ihrer auswärtigen Handelsbeziehungen abzuschliessen[102].

Die innere Umgestaltung Deutschlands durch den Zollvereinigungsvertrag vom 8. Juli 1867, an dem auch die Hansestädte als Mitglieder des Norddeutschen Bundes Theil nahmen, sowie durch die Verfassungen des Norddeutschen Bundes und des Reiches vermochte meines Erachtens einen unmittelbaren Einfluss auf die bestehenden Beziehungen der betheiligten Staaten zu auswärtigen Mächten nicht auszuüben. Die Schranken, die durch die Verfassungen der einzelstaatlichen Zuständigkeit für den Abschluss von Staatsverträgen, insbesondere auf dem Gebiete der Zoll- und Handelspolitik, gezogen wurden[103], berechtigten die ausserhalb des Zollverbandes stehenden Bundesstaaten nicht, an den vom Zollverein eingegangen Verträgen ohne Weiteres Theil zu nehmen[104].

---

[101] Vgl. z. B. die Deklaration vom 9. Jan. 1869, betr. den Beitritt der Grossherzogthümer Mecklenburg, Lauenburgs und Lübecks zum Handelsvertrage zwischen dem Zollverein und Grossbritannien vom 30. Mai 1865 (ebenda S. 258).

[102] Vgl. Böhmert, Bremer Handelsarchiv, Bremen 1864; v. Melle, Handels- und Schifffahrtsverträge § 43 (in v. Holtzendorff's Handbuch des Völkerrechts) und die anonyme Schrift: „Die Handelspolitik des Deutschen Reiches vom Frankfurter Frieden bis zur Gegenwart“, Berlin 1900, S. 87. Von besonderer Bedeutung war der in den Jahren 1825 und 1841 zwischen Grossbritannien und den Hansestädten geschlossene Handelsvertrag (Anderson, Sammlung Hamburg. Verordnungen seit 1814 Bd. IX S. 124 ff.; Hoffmann, Hamburg. Raths- und Bürgerschlüsse vom Jahre 1841 S. 14 ff., 28).

[103] Laband a. a. O. Bd. I § 63 S. 667 ff., Bd. II § 119 S. 910 N. 2; Proebst in Hirth's Annalen von 1882 S. 250, 251.

[104] Andererseits stellt die auf der Verfassung beruhende staatsrechtliche Hinfälligkeit der von einem Einzelstaate eingegangenen Separatverträge nicht

Nach Gründung des Norddeutschen Bundes trat hierin insofern eine Aenderung ein, als die vom Könige von Preussen Namens des Bundes geschlossenen Verträge im Zweifel auch diejenigen Bundesstaaten berechtigten und verpflichteten, welche, wie die Hansestädte, dem Zollverbande noch nicht angehörten[105]. Nur vereinzelt finden sich gegentheilige Abreden von geringer praktischer Bedeutung[106].

In den Handelsverträgen des Reichs begegnet, was das Geltungsgebiet anlangt, eine zweifache Version.

Entweder ist eine besondere Verabredung über den Geltungsbereich des Vertrages — abgesehen von einem etwaigen Einschluss des Grossherzogthums Luxemburg — überhaupt nicht getroffen worden[107]. In diesem Falle besteht kein Zweifel, dass der Vertrag sich auf das Reichsgebiet im politisch-geographischen Sinne erstreckt[108].

---

schlechthin auch deren völkerrechtlichen Bestand in Frage: PROEBST a. a. O. S. 251.

[105] Vgl. z. B. den noch in Kraft befindlichen Vertrag zwischen dem Norddeutschen Bunde und der Republik Liberia vom 31. Okt. 1867 (B. G.-B. von 1868 S. 197ff.).

[106] Der Vertrag des Norddeutschen Bundes und der Zollvereinsstaaten mit Oesterreich-Ungarn vom 9. März 1868 (B. G.-B. S. 247) beschränkte die Anwendung der auf den Zollverkehr bezüglichen Verabredungen auf die dem beiderseitigen Zollgebiete angeschlossenen Landestheile (Art. 23). Das Schlussprotokoll (Ziff. 15) gewährte indess den Provenienzen der Zollausschlüsse Meistbegünstigungsrecht. Der Vertrag zwischen dem Reich und Oesterreich-Ungarn vom 16. Dez. 1878 (R.-G.-Bl. von 1878 S. 365ff.) schloss nur die Bestimmungen über den Mess-, Markt- und Veredelungsverkehr von der Anwendung in den Zollausschlüssen aus (Art. 25).

[107] Dies ist der Fall z. B. bei den Verträgen mit Persien vom 11. Juni 1873 (R.-G.-Bl. S. 351ff.), Mexico vom 5. Dez. 1882 (R.-G.-Bl. von 1883 S. 247ff.), Guatemala und Honduras vom 20. Sept. und 12. Dez. 1887 (R.-G.-Bl. von 1888 S. 238ff., 262ff.), Nicaragua vom 4. Febr. 1896 (R.-G.-Bl. von 1897 S. 171ff.), Russland vom 10. Febr. bezw. 29. Jan. 1894 (R.-G.-Bl. S. 153ff.), Spanien vom 12. Febr. 1899 (R.-G.-Bl. S. 335ff.).

[108] Mit Ausschluss der Schutzgebiete: vgl. v. STENGEL, Die deutschen

Oder aber es wird dem Geltungsbereiche des Vertrages eine ausdrückliche Beziehung zu dem Zollgebiete gegeben, dem die vertragschliessenden Theile angehören. Dies geschieht wiederum in dreifach verschiedener Weise, indem:

entweder die Vertragsbestimmungen getroffen werden „für das Deutsche Reich, sowie für jedes zum deutschen Zollverbande jetzt oder künftig gehörende Gebiet“ [109];

oder bestimmt wird, dass der Vertrag sich erstrecken solle „auch auf die mit einem der vertragenden Theile gegenwärtig oder künftig zollgeeinten Länder oder Gebiete [110];

oder endlich die vorige Fassung unter Weglassung des hervorgehobenen Wortes „auch“ gewährt wird [111].

Es wäre irrig, aus der verschiedenen Fassung auf einen verschiedenen Sinn dieser Stipulationen zu schliessen. Insbesondere bedeutet die dritte Fassung nicht etwas Anderes als die beiden ersten; sie bezweckt nicht eine Einschränkung des Geltungsbereichs auf das deutsche Zollgebiet, sondern eine Ausdehnung

---

Schutzgebiete in Hirth's Annalen von 1889 S. 193; Laband a. a. O. Bd. I S. 790; Thümmel a. a. O. S. 421.

[109] Vgl. Art. 23 des Vertrages mit der Türkei vom 26. Aug. 1890 (R.-G.-Bl. von 1891 S. 133), Art. 25 des Vertrages mit Egypten vom 19. Juli 1892 (R.-G.-Bl. von 1893 S. 35), Art. 19 des Vertrages mit dem Oranjefreistaat vom 28. April 1897 (R.-G.-Bl. von 1898 S. 104).

[110] Vgl. Art. 12 des Vertrages mit Belgien vom 6. Dez. 1891 (R.-G.-Bl. von 1892 S. 246), Art. 23 des Vertrages mit Oesterreich-Ungarn vom 6. Dez. 1891 (ebenda S. 10), Art. 19 des Vertrages mit Rumänien vom 21. Okt. 1893 (R.-G.-Bl. von 1894 S. 13), Art. 19 des Vertrages mit Japan vom 4. April 1896 (R.-G.-Bl. S. 722).

[111] Vgl. Art. 15 des Vertrages mit Griechenland vom 9. Juli bezw. 27. Juni 1884 (R.-G.-Bl. von 1885 S. 32). Art. 32 des Vertrages mit der Südafrikanischen Republik vom 22. Jan. 1885 (R.-G.-Bl. von 1886 S. 229), Art. 25 des Vertrages mit dem Freistaate Columbien vom 23. Juli 1892 (R.-G.-Bl. von 1894 S. 486), Art. 10 des Vertrages mit der Schweiz vom 10. Dez. 1891 (R.-G.-Bl. von 1892 S. 199), Art. 15 des Vertrages mit Italien vom 6. Dez. 1891 (R.-G.-Bl. von 1892 S. 106), Art. 10 des Vertrages mit Serbien vom 21. bezw. 9. Aug. 1892 (R.-G.-Bl. von 1893 S. 273).

desselben auf die in Folge von Zolleinigungen[112] dem deutschen Zollgebiete angeschlossenen oder in Zukunft anzuschliessenden Länder oder Gebietstheile[113]. Vermöge jener Klauseln treten die Hansestädte nach Vollziehung des Zollanschlusses auch ohne ausdrücklichen Beitritt in diese Verträge ein und zwar mit Einschluss ihrer ausserhalb der Zolllinie verbleibenden Freihäfen. Diese haben somit zur Zeit auch in handelspolitischer Beziehung dem Auslande gegenüber als Inland zu gelten[114]. Nur die Eigenthümlichkeit des Tarifvertrages mit Oesterreich-Ungarn vom 6. Dez. 1891, welcher, von der Regel abweichend, auf Grundlage der Begünstigung nicht der Boden- und Industrieerzeugnisse, sondern der Einfuhr aus dem freien Verkehr des beiderseitigen Gebiets geschlossen worden ist, bedingte eine besondere Berücksichtigung der Freihafenprovenienzen, auf welche der Begriff des freien Verkehrs, wie dargelegt, nicht schlechthin anwendbar ist[115].

---

[112] Vgl. Schraut, System der Handelsverträge und der Meistbegünstigung, Leipzig 1884 S. 115 ff.

[113] Zweifelhaft erscheint nur, ob die aufgestellte Regel nicht einer Einschränkung bedarf für solche Zollausschlüsse, welche wie die Badischen (vgl. oben S. 2 N. 3) einem anderen Zollsystem angegliedert sind.

[114] Uebereinstimmend v. Melle a. a. O. S. 97; Schraut a. a. O. S. 104; Vosberg-Reckow, Die Politik der Handelsverträge, Berlin 1898 S. 123.

[115] Vgl. Art. 3 des Vertrages und die im Schlussprotokolle zu diesem Artikel getroffene Verabredung (R.-G.-Bl. von 1892 S. 4, 71).

willen gerechtfertigt wäre, diese Anstalten als Ausland zu qualifiziren. Die Beschränkung der Waarenbearbeitung in den Freibezirken beruht im Grunde auf dem oben (S. 22 ad c) behandelten staatlichen Recht der Aufsicht über die Waarenbewegung, dessen Geltung an der Zolllinie keine Schranke findet.

Allein dieses Kontrolrecht entspringt ausserhalb der Zollgrenze nicht der gleichen Quelle wie innerhalb, und hierin liegt in der That ein wichtiger grundsätzlicher, wenn auch vielleicht praktisch kaum bedeutsamer Unterschied zwischen beiden Arten von Freigebieten.

Die freien Niederlagen sollen nach § 107 V.-Z.-G. nicht schlechthin, sondern „mit den Massgaben, welche die für die einzelnen Niederlagen zu erlassenden Regulative enthalten“, als Ausland behandelt werden. Diese Regulative, für welche der Bundesrath die massgebenden Normen aufstellt (§ 167 Abs. 2 V.-Z.-G.), bieten die Handhabe zur Ausübung der im staatlichen Interesse für nothwendig erachteten Kontrolen in den Freibezirken.

Die Freihäfen dagegen sind wie die geographischen Zollausschlüsse im Zweifel schlechthin Zollausland. Hier gilt als Regel ungehemmte Freiheit der Waarenbewegung und -Bearbeitung. Die Kontrolen- und Beschränkungen, die auch hier vorkommen[79], können ihre Quelle nur im Landesrecht haben, wobei es unerheblich ist, dass die Regierung des ausgeschlossenen Gebietstheiles dem Reiche gegenüber vertragsmässig verpflichtet sein mag, für das Ausschlussgebiet die im Zollinteresse nothwendigen Anordnungen zu erlassen.

Ein weiterer, auch praktisch nicht unerheblicher Unterschied zwischen beiden Arten von Freigebieten besteht darin, dass der Freibezirk, als nur angenommenes, nicht wirkliches Zollausland, in territorialer Rücksicht im Theil des Zollgebietes verbleibt.

[79] Vgl. oben S. 22 N. 68. Das Reichsgewerberecht steht nicht entgegen: vgl. § 5 G.-O. und Landmann, G.-O. 3. Aufl. zu § 5 N. 2 S. 63, 64.

Soweit daher das örtliche Geltungsgebiet der Zollgesetze sich — was die Regel ist — auf das von der Zolllinie begrenzte Gebiet beschränkt, schliesst es zwar die freien Niederlagen, nicht aber die Zollausschlüsse ein. Ausdrücklich ausgesprochen ist jene Beschränkung in Art. 6 des Zollvereinigungsvertrags vom 8. Juli 1867 (B. G.-B. S. 91). Hiernach sollen die Gesetze der Zollgemeinschaft, namentlich Zollgesetz, Zollordnung, Zolltarif und Zollstrafgesetz in den dort genannten Zollausschlüssen vorläufig keine Anwendung finden. Sobald jedoch die Gründe aufgehört haben, welche die volle Anwendung der Zollvereinigungsverträge auf die Zollausschlüsse hindern, soll nach Abs. 2 dieses Artikels der Bundesrath des Zollvereins über den Zeitpunkt des Inkrafttretens der Zollgesetze in dem betreffenden Staate oder Gebietstheile Bestimmung treffen. Nun stehen zwar diese Zollgesetze nicht mehr in Kraft; das Vereinszollgesetz mit den Ausführungsbestimmungen und Regulativen des Bundesraths und das Zolltarifgesetz vom 15. Juli 1879 mit seinen Novellen sind an die Stelle getreten. Allein jene durch Art. 40 R.-Verf. in Kraft erhaltene Bestimmung des Zollvereinigungsvertrags äussert insofern noch heute ihre Wirksamkeit, als auch die neuen Gesetze, wiewohl sie selbst ihr Geltungsgebiet nicht ausdrücklich einschränken, in den Zollansschlüssen keine Geltung haben. Dies dürfte namentlich auch bezüglich des Vereinszollgesetzes allgemein anerkannt sein[80]. Indess bedarf es gerade für dieses Gesetz eines Vorbehalts, denn auch darüber scheint eine Meinungsverschiedenheit nicht zu bestehen, dass die Eingangsbestimmungen der §§ 1, 2 V.-Z.-G. über die Freiheit der Ein-, Aus- und Durchfuhr und die Voraussetzung von Anordnungen, welche diese Freiheit beschränken, zur Zeit auf das Reichsgebiet als solches Bezug haben[81].

---

[80] Vgl. Löbe a. a. O. S. 29; Lehr a. a. O. S. 846.

[81] Vgl. Laband a. a. O. S. 910, Delbrück a. a. O. S. 24, Hänel a. a. O. S. 678, Stenglein, Die strafrechtlichen Nebengesetze des Reichs, Berlin 1893,

Der aufgestellten Regel entspricht es, dass, wie schon früher beim Anschluss einzelner Hamburgischer Gebietstheile an den Zollverein, so auch letzthin beim Zollanschluss vom 15. Okt. 1888 in den angeschlossenen Hamburgischen und Bremischen Gebietstheilen — nicht auch in den Ausschlussgebieten — „alle für das Zollgebiet in Beziehung auf die Verwaltung der gemeinsamen Zölle und Reichssteuern geltenden gesetzlichen Bestimmungen und Ausführungsvorschriften, soweit sie nicht für das anzuschliessende Gebiet bisher schon Geltung hatten", in Kraft gesetzt worden sind[82].

Die spezifisch zollrechtlichen Bestimmungen der Zollgesetze, d. h. diejenigen, welche die Zollpflicht und deren Wirkungen betreffen, sind nun zwar in den Freibezirken so gut wie in den Ausschlüssen unanwendbar, wobei nur der Unterschied besteht, dass hier in der Beschränktheit des örtlichen Geltungsbereichs der Gesetze, dort in § 107 V.-Z.-G. der Grund der Unanwendbarkeit gelegen ist. Anders verhält es sich mit den Vorschriften strafrechtlichen oder strafprozessualen Inhalts, welche die Sicherung der Zollgrenze gegen den Schleichhandel bezwecken. Der Geltung dieser Vorschriften in den Freibezirken steht § 107 V.-Z.-G. nicht entgegen[83]; dagegen bedarf es für die Zollausschlüsse be-

---

Vorbemerkung zum Vereinszollgesetz S. 969. Es handelt sich hier um ein Dilemma, für welches eine Lösung ebenso schwer zu finden ist wie für jenes andere, dass das Vereinszollgesetz sich in ein Reichsgesetz verwandelt hat, wiewohl es als solches nicht publizirt worden ist; vgl. über die verschiedenen Ansichten LABAND a. a. O. § 119 S. 911, ZORN, Staatsrecht des Deutschen Reiches 2. Aufl. Bd. II § 47 S. 724; G. MEYER in Hirth's Annalen von 1882 S. 779; HAVENSTEIN a. a. O. N. 2 zu § 1; LÖBE a. a. O. S. 29; Denkschrift zu § 1 des Entwurfes des Vereinszollgesetzes.

[82] Bekanntmachung des Hamburgischen Senats vom 19. Sept. 1888, G.-S. Bd. III S. 549; des Bremischen Senats vom 20. Sept. 1888, G.-Bl. S. 383. Vgl. die Hamburgischen Verordnungen vom 18. Sept. 1867 (G.-S. Bd. I S. 95), 12. Okt., 30. Okt., 25. Nov. 1868 (G.-S. S. 23, 120, 258).

[83] Vgl. den S. 66 N. 1 angezogenen Bericht der Kommission für den Zollanschluss Bremens S. 7.

sonderer Massnahmen der Gesetzgebung, soweit die Sicherung der Zollgrenze solche erheischt. Nach Art. 35 R.-Verf. hat das Reich ausschliesslich die Gesetzgebung über diese Materie[84]. Es fehlt indes seither an einer einheitlichen Regelung[85]. Uebereinstimmende Vorschriften bestehen zu Folge der Gesetze vom 1. Juli 1869 (B. G.-B. S. 370 ff.) und vom 28. Juni 1879 (R.-G.-Bl. S. 159) für die Hamburgischen und Bremischen Zollausschlüsse[86]. Im Preussischen Zollausschluss Geestemünde gelten die gemäss §§ 1, 4 der Verordnung vom 29. Juli 1867 (G.-S. S. 1265, 1268) im ganzen ehemaligen Hannoverschen und Schleswig-Holsteinischen Gebiete einschliesslich der Zollausschlüsse in Kraft getretenen §§ 1—27 Preuss. Z.-St.-G. vom 23. Jan. 1838 (G.-S. S. 78) und die Ordnung für das Verfahren bei Entdeckung und Untersuchung der Zuwiderhandlungen gegen die Zollgesetze vom 29. Juli 1867 (G.-S. S. 1270), für die Badischen Zollausschlüsse und für Helgoland fehlt es überhaupt an bezüglichen gesetzlichen Normen.

Die Beschränkung des örtlichen Anwendungsbereichs der Gesetze auf das Zollgebiet findet sich auch ausserhalb der Zollgesetzgebung, namentlich in den Steuergesetzen des Reichs, theils in der gleichen Art wie bei den Zollgesetzen, dass das Gesetz als solches in den Ausschlüssen keine Geltung hat[87], theils in

---

[84] Vgl. schon Art. 7 des Zollvereinigungsvertrages vom 8. Juli 1867.

[85] Löbe a. a. O. S. 29 f.

[86] No. 66, 87 der Drucksachen des Bundesraths des Zollvereins von 1868; Verhandlungen des Zollparlaments von 1869, Anl. No. 8; Laband a. a. O. Bd. II § 119 N. 2; Zeller in der Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft Bd. XVII Heft 2 S. 174.

[87] Vgl. Salzabgabengesetz vom 12. Okt. 1867 (B. G.-B. S. 41), Eingangsworte; Branntweinsteuergesetz vom 8. Juli 1868 (B. G.-B. S. 384) und vom 24. Juni 1887 § 40 (R.-G.-Bl. S. 266). Brausteuergesetz vom 31. Mai 1872 (R.-G.-Bl. S. 153); Zuckersteuergesetz vom 27. Mai 1886 (R.-G.-Bl. S. 117 ff.) § 83 (vgl. das Gesetz vom 9. Juli 1887, Eingangsworte, R.-G.-Bl. S. 308); Zollvereinigungsvertrag vom 8. Juli 1867 Art. 6, 3 §§ 3, 4.

der Weise, dass zwar nicht die formelle Geltung, wohl aber die praktische Anwendbarkeit des Gesetzes seinem Inhalte nach auf das Zollgebiet beschränkt bleibt[88]. Letzteres trifft auch zu für das Gesetz betreffend die Statistik des Waarenverkehrs des deutschen Zollgebiets mit dem Auslande vom 20. Juli 1879 R.-G.-Bl. S. 261) und die zur Ausführung erlassenen Bundesrathsvorschriften. Der Geltungsbereich dieser Bestimmungen ist nicht auf das Zollgebiet beschränkt. Jedoch werden die Zollausschlüsse, soweit sie als selbständiges Handelsgebiet in Betracht kommen, auch statistisch als Ausland angesehen, während die Freibezirke als Bestandtheile des Zollgebiets nach den für Zollniederlagen geltenden Vorschriften behandelt werden[89].

Für die Freibezirke gilt im Gegensatz zu den Ausschlüssen unbedingte formelle, jedoch materiell beschränkte Anwendbarkeit der Zollgesetze; denn eben „zollgesetzlich“ sollen die freien Niederlagen als Ausland behandelt werden (§ 107 V.-Z.-G.). Auch hier darf nicht beirren, dass in den Zollgesetzen von Inland und selbst von „Vereinsgebiet“ gelegentlich im Sinne von „Reichsgebiet“ unter Einrechnung der Freigebiete die Rede ist (§§ 1, 2 V.-Z.-G.)[90].

Gerade die theilweise veraltete Terminologie der Zollgesetze giebt hie und da dem Zweifel Raum, ob Reichsinland oder Zoll-

---

[88] Tabaksteuergesetz vom 16. Juli 1879 (R.-G.-Bl. S. 245) § 2; Branntweinsteuergesetz vom 24. Juni 1887 bezw. 16. Juni 1895 (R.-G.-Bl. von 1895 S. 276ff.) § 1. Die Strandungsordnung vom 17. Mai 1874 (R.-G.-Bl. S. 73) nimmt einzelne Bestimmungen, betr. Mitwirkung der Zollbehörde in Strandungssachen, von der Anwendbarkeit in den Zollausschlüssen aus (§ 46). Das Fleischbeschaugesetz vom 3. Juni 1900 (R.-G.-Bl. S. 547) § 25 macht die Anwendung seiner Vorschriften „auf das in die Zollausschlüsse eingeführte Fleisch“ von besonderer Bestimmung des Bundesraths abhängig.

[89] §§ 3, 4, 17, 24, 25 und Anl. 1 No. 1—4 der Ausführungsvorschriften des Bundesraths, Centralblatt von 1896 S. 508ff., 526.

[90] Vgl. auch Art. 1 des Sicherungsgesetzes vom 1. Juli 1869 (B. G.-B. S. 370).

inland, Reichsausland oder Zollausland gemeint sei. In der Regel freilich wird, wo es sich um den spezifischen Zollverkehr handelt, der Ausdruck „Vereinsgebiet“ und „Vereinsausland“ im Sinne von Zollgebiet und Zollausland zu verstehen sein[91]. Die gleiche Vermuthung wird zutreffen, so oft in Zollgesetzen von „Inland“ und „Ausland“ die Rede ist. Sonach wird z. B. die in § 92 V.-Z.-G. vorgesehene Abfertigungserleichterung für „vom Auslande eingehende Reisende“ auch auf den Personenverkehr über die Grenze gegen Zollausschlüsse und freie Niederlagen anwendbar sein[92]. In § 117 V.-Z.-G. wird von „inländischen Strandgütern“ im Sinne von Gütern zollinländischen Ursprungs gehandelt[93]. Diese Bestimmung sowie diejenige des § 82 V.-Z.-G. ist nur von Strandgütern zu verstehen, die an den Küsten des deutschen Zollgebiets — mithin unter Ausschluss der Küste von Helgoland — geborgen sind[94], wie auch die der deutschen Küstenfischerei und bedingungsweise gewissen Produkten der deutschen Hochseefischerei gewährte Zollfreiheit[95] der Fischerei an der Helgoländer Küste beziehentlich dem Fange Helgoländer Schiffe nicht zukommt[96].

---

[91] Vgl. z. B. §§ 7, 16, 17, 108, 111 ff. V.-Z.-G.; dagegen wird in Ziff. 19 der Anweisung zur Ausführung des Vereinszollgesetzes von „vereinsländischem Hafen“ meines Erachtens im Sinne von deutschem Hafen, nicht im Gegensatze zu Freihäfen gesprochen.

[92] Ueber den Begriff des Reisenden gehen die Ansichten auseinander: vgl. Havenstein a. a. O. § 21 Anm. 5; Löbe a. a. O. § 136 Anm. 19 S. 84, 85; Wiesinger a. a. O. § 21 lit. e, § 92a.

[93] Zirkularverfügung des Preuss. Finanzministeriums vom 23. Dez. 1869 Ziff. 10 (Preuss. Centralblatt von 1870 S. 16).

[94] Anweisung zur Ausführung des Vereinszollgesetzes Ziff. 19.

[95] Vgl. die Bundesrathsbestimmungen vom 6. Mai 1874, v. Aufsess-Wiesinger a. a. O. S. 97.

[96] Nach der Nationalität des Zollpflichtigen fragt das deutsche Zollrecht im Allgemeinen nicht. Schon die dingliche Natur der Zollpflicht bringt es mit sich, dass sie Ausländer wie Inländer in der Regel gleichmässig treffen wird (vgl. Thümmel a. a. O. S. 375). Eine singuläre Privilegirung von Ausländern enthält die Bestimmung in § 5 Ziff. 2 des Zolltarifgesetzes

V.

Zollausland als Reichsinland.

Ausserhalb der Zollgesetzgebung sind die freien Niederlagen wie die Zollausschlüsse Reichsinland. Die allgemeinen Beschränkungen des inländischen Handelsverkehrs (namentlich die Beschränkungen der Gewerbe, der Nahrungsmittel- und Patentgesetzgebung) sind selbstverständlich, soweit sie nicht zollrechtlicher Art sind, stets auf das politische, nicht auf das Zollinland zu beziehen[97]. Das Gleiche gilt für die den Grenzverkehr, mit Ausschluss des Zollverkehrs, regelnden Gesetze und Verwaltungsvorschriften, wiewohl deren Ausführung in der Regel den Organen der Zollverwaltung übertragen wird. Der Hervorhebung bedürfen zwei Punkte.

1. Im Sinne der Ein-, Aus- und Durchfuhrverbote (§§ 1, 2 V.-Z.-G. sind weder die freien Niederlagen noch die Zollausschlüsse als Ausland anzusehen; die Verbote beziehen sich auf die Reichsgrenze, nicht auf die Grenze gegen das Zollgebiet[98]

(R.-G.-Bl. von 1894 S. 334), nach welcher Ausstattungsgegenstände von Ausländern, welche sich aus Veranlassung ihrer Verheirathung im Lande niederlassen, auf besondere Erlaubniss zollfrei bleiben. In der Praxis wird diese Vergünstigung nicht nur Personen ausländischer Nationalität, sondern auch Zollausländern, d. i. Inländern, die ihren dauernden Wohnsitz in einem Zollausschlusse gehabt haben, zugestanden. (Vgl. den Erlass des Preuss. Finanzministers vom 21. Jan. 1887 bei Appelt-Behrend a. a. O. S. 14 Anm. 20.)

[97] Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts III. Strafsenat vom 25. Okt. 1890, Entsch. Bd. XXI S. 208.

[98] Vgl. besonders den Wortlaut der Verordnung, betr. die Einfuhr und Ausfuhr von Gewächsen sowie von sonstigen Gegenständen des Wein- und Gartenbaues vom 16. Juni 1886 (R.-G.-Bl. S. 191). Auch das durch Bundesrathsbeschluss vom 10. Jan. 1881 erlassene Verbot der Einfuhr von losen Spielkarten u. s. w. in den freien Verkehr (Centralblatt für das Deutsche Reich S. 15) bezieht sich auf das „Bundesgebiet“. Da das Spielkartenstempelgesetz vom 3. Juli 1878 (R.-G.-Bl. S. 133) auch in den Zollausschlüssen gilt (§§ 3, 26), so ist hier auch mit Bezug auf das Zoll-

(s. oben S. 27, 30). Die einzige Ausnahme von dieser Regel bilden die in dem Gesetze betreffend die Schlachtvieh- und Fleischbeschau vom 3. Juni 1900 (R.-G.-Bl. S. 547) vorgesehenen Verbote der Einfuhr in das Zollinland.

Die Regel findet auch Anwendung auf das Verbot der Einfuhr und Durchfuhr ausländischer Waaren, welche auf Grund des § 17 R.-G. zum Schutze der Waarenbezeichnungen vom 12. Mai 1894 (R.-G.-Bl. S. 446) der Beschlagnahme durch die Zoll- und Steuerbehörden unterliegen.

2. Zollausland ist für das geltende Recht der Regel nach Reichsinland in Ansehung der internationalen Zoll- und Handelsbeziehungen des Inlandes zum Auslande.

Die historische Betrachtung lässt auch hier einen Gegensatz zwischen freien Niederlagen und Zollausschlüssen hervortreten. Während jene dem Auslande gegenüber stets nur Bestandtheile des Zollgebiets sind, kann den Zollausschlüssen nach Vertragsrecht eine selbständige Bedeutung zukommen.

Die Verträge, welche vor Gründung des Norddeutschen Bundes zwischen dem Zollverein und auswärtigen Mächten geschlossen wurden, liessen, wie sich von selbst versteht, die dem Zollverein nicht angehörenden Staaten, soweit sie nicht den Abmachungen beim Vertragsschlusse[99] oder nachträglich[100] beitraten, unberührt. Da die Verträge nicht, wie jetzt üblich, zu Gunsten auch der künftig dem Zollverbande angehörenden Gebietstheile

---

ausland der Begriff des freien Verkehrs anwendbar, selbstverständlich jedoch nur in dem beschränkten Sinne der Freiheit von Stempelsteuerkontrole (vgl. oben S. 18 N. 53).

[99] Vgl. den Vertrag mit China vom 2. Sept. 1861 (Handels- und Schifffahrtsverträge Deutschlands mit dem Auslande von 1851—1872, Berlin 1872 S. 37 ff.), an welchem sich auch Mecklenburg und die Hansestädte betheiligten.

[100] Vgl. die Deklaration vom 23. März 1871, betr. den Beitritt Bremens und Hamburgs zum Handelsvertrage zwischen dem Zollverein und den Niederlanden vom 31. Dez. 1871 (ebenda S. 357).

— in favorem tertii — abgeschlossen, sondern ausdrücklich auf die Namen der kontrahirenden souveränen Staaten gestellt wurden, so bedurfte es auch bei den dem Zollverbande sich anschliessenden Ländern besonderer Beitrittskonventionen[101]. Die den Verträgen nicht beitretenden Staaten waren selbstverständlich nicht gehindert, eigene Verträge zur Regelung ihrer auswärtigen Handelsbeziehungen abzuschliessen[102].

Die innere Umgestaltung Deutschlands durch den Zollvereinigungsvertrag vom 8. Juli 1867, an dem auch die Hansestädte als Mitglieder des Norddeutschen Bundes Theil nahmen, sowie durch die Verfassungen des Norddeutschen Bundes und des Reiches vermochte meines Erachtens einen unmittelbaren Einfluss auf die bestehenden Beziehungen der betheiligten Staaten zu auswärtigen Mächten nicht auszuüben. Die Schranken, die durch die Verfassungen der einzelstaatlichen Zuständigkeit für den Abschluss von Staatsverträgen, insbesondere auf dem Gebiete der Zoll- und Handelspolitik, gezogen wurden[103], berechtigten die ausserhalb des Zollverbandes stehenden Bundesstaaten nicht, an den vom Zollverein eingegangen Verträgen ohne Weiteres Theil zu nehmen[104].

---

[101] Vgl. z. B. die Deklaration vom 9. Jan. 1869, betr. den Beitritt der Grossherzogthümer Mecklenburg, Lauenburgs und Lübecks zum Handelsvertrage zwischen dem Zollverein und Grossbritannien vom 30. Mai 1865 (ebenda S. 258).

[102] Vgl. Böhmert, Bremer Handelsarchiv, Bremen 1864; v. Melle, Handels- und Schifffahrtsverträge § 43 (in v. Holtzendorff's Handbuch des Völkerrechts) und die anonyme Schrift: „Die Handelspolitik des Deutschen Reiches vom Frankfurter Frieden bis zur Gegenwart", Berlin 1900, S. 87. Von besonderer Bedeutung war der in den Jahren 1825 und 1841 zwischen Grossbritannien und den Hansestädten geschlossene Handelsvertrag (Anderson, Sammlung Hamburg. Verordnungen seit 1814 Bd. IX S. 124ff.; Hoffmann, Hamburg. Raths- und Bürgerschlüsse vom Jahre 1841 S. 14ff., 28).

[103] Laband a. a. O. Bd. I § 63 S. 667ff., Bd. II § 119 S. 910 N. 2; Proebst in Hirth's Annalen von 1882 S. 250, 251.

[104] Andererseits stellt die auf der Verfassung beruhende staatsrechtliche Hinfälligkeit der von einem Einzelstaate eingegangenen Separatverträge nicht

Nach Gründung des Norddeutschen Bundes trat hierin insofern eine Aenderung ein, als die vom Könige von Preussen Namens des Bundes geschlossenen Verträge im Zweifel auch diejenigen Bundesstaaten berechtigten und verpflichteten, welche, wie die Hansestädte, dem Zollverbande noch nicht angehörten[105]. Nur vereinzelt finden sich gegentheilige Abreden von geringer praktischer Bedeutung[106].

In den Handelsverträgen des Reichs begegnet, was das Geltungsgebiet anlangt, eine zweifache Version.

Entweder ist eine besondere Verabredung über den Geltungsbereich des Vertrages — abgesehen von einem etwaigen Einschluss des Grossherzogthums Luxemburg — überhaupt nicht getroffen worden[107]. In diesem Falle besteht kein Zweifel, dass der Vertrag sich auf das Reichsgebiet im politisch-geographischen Sinne erstreckt[108].

---

schlechthin auch deren völkerrechtlichen Bestand in Frage: Proebst a. a. O. S. 251.

[105] Vgl. z. B. den noch in Kraft befindlichen Vertrag zwischen dem Norddeutschen Bunde und der Republik Liberia vom 31. Okt. 1867 (B.G.-B. von 1868 S. 197 ff.).

[106] Der Vertrag des Norddeutschen Bundes und der Zollvereinsstaaten mit Oesterreich-Ungarn vom 9. März 1868 (B. G.-B. S. 247) beschränkte die Anwendung der auf den Zollverkehr bezüglichen Verabredungen auf die dem beiderseitigen Zollgebiete angeschlossenen Landestheile (Art. 23). Das Schlussprotokoll (Ziff. 15) gewährte indess den Provenienzen der Zollausschlüsse Meistbegünstigungsrecht. Der Vertrag zwischen dem Reich und Oesterreich-Ungarn vom 16. Dez. 1878 (R.-G.-Bl. von 1878 S. 365 ff.) schloss nur die Bestimmungen über den Mess-, Markt- und Veredelungsverkehr von der Anwendung in den Zollausschlüssen aus (Art. 25).

[107] Dies ist der Fall z. B. bei den Verträgen mit Persien vom 11. Juni 1873 (R.-G.-Bl. S. 351 ff.), Mexico vom 5. Dez. 1882 (R.-G.-Bl. von 1883 S. 247 ff.), Guatemala und Honduras vom 20. Sept. und 12. Dez. 1887 (R.-G.-Bl. von 1888 S. 238 ff., 262 ff.), Nicaragua vom 4. Febr. 1896 (R.-G.-Bl. von 1897 S. 171 ff.), Russland vom 10. Febr. bezw. 29. Jan. 1894 (R.-G.-Bl. S. 153 ff.), Spanien vom 12. Febr. 1899 (R.-G.-Bl. S. 335 ff.).

[108] Mit Ausschluss der Schutzgebiete: vgl. v. Stengel, Die deutschen

Oder aber es wird dem Geltungsbereiche des Vertrages eine ausdrückliche Beziehung zu dem Zollgebiete gegeben, dem die vertragschliessenden Theile angehören. Dies geschieht wiederum in dreifach verschiedener Weise, indem:

entweder die Vertragsbestimmungen getroffen werden „für das Deutsche Reich, sowie für jedes zum deutschen Zollverbande jetzt oder künftig gehörende Gebiet“ [109];

oder bestimmt wird, dass der Vertrag sich erstrecken solle „auch auf die mit einem der vertragenden Theile gegenwärtig oder künftig zollgeeinten Länder oder Gebiete [110];

oder endlich die vorige Fassung unter Weglassung des hervorgehobenen Wortes „auch“ gewährt wird [111].

Es wäre irrig, aus der verschiedenen Fassung auf einen verschiedenen Sinn dieser Stipulationen zu schliessen. Insbesondere bedeutet die dritte Fassung nicht etwas Anderes als die beiden ersten; sie bezweckt nicht eine Einschränkung des Geltungsbereichs auf das deutsche Zollgebiet, sondern eine Ausdehnung

---

Schutzgebiete in Hirth's Annalen von 1889 S. 193; LABAND a. a. O. Bd. I S. 790; THÜMMEL a. a. O. S. 421.

[109] Vgl. Art. 23 des Vertrages mit der Türkei vom 26. Aug. 1890 (R.-G.-Bl. von 1891 S. 133), Art. 25 des Vertrages mit Egypten vom 19. Juli 1892 (R.-G.-Bl. von 1893 S. 35), Art. 19 des Vertrages mit dem Oranjefreistaat vom 28. April 1897 (R.-G.-Bl. von 1898 S. 104).

[110] Vgl. Art. 12 des Vertrages mit Belgien vom 6. Dez. 1891 (R.-G.-Bl. von 1892 S. 246), Art. 23 des Vertrages mit Oesterreich-Ungarn vom 6. Dez. 1891 (ebenda S. 10), Art. 19 des Vertrages mit Rumänien vom 21. Okt. 1893 (R.-G.-Bl. von 1894 S. 13), Art. 19 des Vertrages mit Japan vom 4. April 1896 (R.-G.-Bl. S. 722).

[111] Vgl. Art. 15 des Vertrages mit Griechenland vom 9. Juli bezw. 27. Juni 1884 (R.-G.-Bl. von 1885 S. 32), Art. 32 des Vertrages mit der Südafrikanischen Republik vom 22. Jan. 1885 (R.-G.-Bl. von 1886 S. 229), Art. 25 des Vertrages mit dem Freistaate Columbien vom 23. Juli 1892 (R.-G.-Bl. von 1894 S. 486), Art. 10 des Vertrages mit der Schweiz vom 10. Dez. 1891 (R.-G.-Bl. von 1892 S. 199), Art. 15 des Vertrages mit Italien vom 6. Dez. 1891 (R.-G.-Bl. von 1892 S. 106), Art. 10 des Vertrages mit Serbien vom 21. bezw. 9. Aug. 1892 (R.-G.-Bl. von 1893 S. 273).

desselben auf die in Folge von Zolleinigungen[112] dem deutschen Zollgebiete angeschlossenen oder in Zukunft anzuschliessenden Länder oder Gebietstheile[113]. Vermöge jener Klauseln treten die Hansestädte nach Vollziehung des Zollanschlusses auch ohne ausdrücklichen Beitritt in diese Verträge ein und zwar mit Einschluss ihrer ausserhalb der Zolllinie verbleibenden Freihäfen. Diese haben somit zur Zeit auch in handelspolitischer Beziehung dem Auslande gegenüber als Inland zu gelten[114]. Nur die Eigenthümlichkeit des Tarifvertrages mit Oesterreich-Ungarn vom 6. Dez. 1891, welcher, von der Regel abweichend, auf Grundlage der Begünstigung nicht der Boden- und Industrieerzeugnisse, sondern der Einfuhr aus dem freien Verkehr des beiderseitigen Gebiets geschlossen worden ist, bedingte eine besondere Berücksichtigung der Freihafenprovenienzen, auf welche der Begriff des freien Verkehrs, wie dargelegt, nicht schlechthin anwendbar ist[115].

---

[112] Vgl. Schraut, System der Handelsverträge und der Meistbegünstigung, Leipzig 1884 S. 115 ff.

[113] Zweifelhaft erscheint nur, ob die aufgestellte Regel nicht einer Einschränkung bedarf für solche Zollausschlüsse, welche wie die Badischen (vgl. oben S. 2 N. 3) einem anderen Zollsystem angegliedert sind.

[114] Uebereinstimmend v. Melle a. a. O. S. 97; Schraut a. a. O. S. 104; Vosberg-Reckow, Die Politik der Handelsverträge, Berlin 1898 S. 123.

[115] Vgl. Art. 3 des Vertrages und die im Schlussprotokolle zu diesem Artikel getroffene Verabredung (R.-G.-Bl. von 1892 S. 4, 71).

Eisenbahn und Wegerecht.

Von

Professor Dr. iur. OTTO MAYER in Strassburg i. Els.

Im vorigen Bande dieser Zeitschrift wurde der Rechtsstreit besprochen, welchen die Stadt Kolmar um ihre beiden dem Bahnhof einverleibten Wege geführt hat. Der Fall diente vor Allem zur Erläuterung des eigenthümlichen Wegeveränderungsrechtes, das mit der Herstellung einer Eisenbahn sich verbindet.

Die Eisenbahnverwaltung hatte aber damals noch ein zweites, selbständiges Vertheidigungsmittel geltend gemacht. Sie hatte behauptet: selbst wenn das von ihr angerufene Wegeveränderungsrecht des Ministers nicht bestände oder im vorliegenden Falle nicht zur Wirksamkeit gebracht worden wäre, würde die Klage wenigstens insoweit unzulässig sein, als sie nicht bloss Anerkennung des Eigenthums an den Wegeflächen, sondern auch die Herausgabe derselben verlangte. Die blosse Thatsache, dass diese Flächen dem Bahnkörper einverleibt seien, äusserlich einen Bestandtheil des Schienenwegs bildeten, genüge, um die Geltendmachung eines solchen Anspruches vor den bürgerlichen Gerichten auszuschliessen. Denn die Eisenbahn sei nach französischem Recht zum öffentlichen Wegewesen, zur voirie publique gehörig, alles Gelände, das ihr thatsächlich einverleibt sei, stelle eine öffentliche Sache vor. Die Gerichte könnten mit ihren An-

ordnungen davon so wenig ein Stück herausreissen wie von einer Landstrasse oder einem Festungswerk.

Es mangelt für diese Auffassung in der französischen Rechtswissenschaft und Rechtsprechung nicht an Belegen. Sie scheint dort einfach die herrschende zu sein[1]. In Deutschland wären auch ausserhalb des französischen Rechtsgebietes zahlreiche Zeugnisse dafür aufzuweisen[2]. Das Reichsgericht hat sich in dem

[1] Serrigny, Compétence administrative II n. 922, 928; Kass.-Hof 13. Febr. 1882 (Grandpré), Sirey, Recueil 1884 Bd. I S. 152; Komp.-Konfl.-Hof vom 2. Febr. 1859 (Flotard c. P. L. M. Eisenbahn), Dalloz 1859 S. 262. Insbesondere Appell.-Hof Limoges 2. Juli 1882 (Terruson), Sirey, Recueil 1863 II S. 35: Die Orleans-Eisenbahn hatte irrthümlich einen Privatweg unterdrückt und in ihren Bahnkörper einbezogen, während doch für einen solchen Privatweg die Genehmigung des Planes durch den Minister die von uns näher besprochene Wirkung nicht haben konnte. Klage auf Herausgabe. Das Gericht sagt: Das Eigenthum ist geblieben, aber die Fläche bildet jetzt „une portion de la voie publique; les tribunaux ne pourraient dès lors sans une flagrante usurpation de pouvoir ordonner la destruction et il ne leur appartient pas de décider que le terrain sera rétabli dans son état primitif, ils peuvent seulement reconnaître le droit de propriété et renvoyer pour le règlement devant le jury d'expropriation".

[2] Gleim, Recht der Eisenbahnen, Bd. I S. 390; Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht, Bd. I S. 112 N. 21; Koch, Deutschlands Eisenbahnen, Bd. I S. 160. — Aus der Rechtsprechung: Seuffert, Archiv Bd. XXXI N. 108 (Celle: „Derartige Privatrechte können nicht den Erfolg haben, einen öffentlichen Weg seiner Bestimmung zu entziehen); Eger, Eisenbahnrechtl. Entscheidungen Bd. II S. 62 (Preuss. Komp.-Konfl.-Hof 11. Juni 1881). Zahlreiche Fälle bei Stölzel, Rechtsprechung des Preuss. Komp.-Konfl.-Hofs S. 293ff. Insbesondere Preuss. Komp.-Konfl.-Hof 4. Febr. 1854 (Just.-Min.-Bl. S. 325): Grundstück zu Eisenbahn verwendet unter Voraussetzung einer künftigen Einigung über Preis; als diese nicht zu Stande kommt, klagt der Eigenthümer auf Räumung und Herausgabe; Kompetenzkonflikt; der Gerichtshof erwägt: „Wenn eine Eisenbahngesellschaft sich im Besitze eines Grundstückes befindet, wovon ein Dritter behauptet, dass es sein Eigenthum und jener Besitz ein unrechtmässiger sei, so muss diese bloss das Eigenthum betreffende Frage unter den streitenden Theilen vorab im Wege Rechtens festgestellt werden" . . . „Damit aber die Sache durch eine dem Kläger möglicher Weise günstige Entscheidung nicht in die Lage kommen könne, dass das bereits in den Bahnkörper verwendete Grundstück geräumt werden müsse, hat der Klageantrag getheilt werden müssen." Daher wird erkannt:

Rechtsfalle, an welchen wir hier anknüpfen, zu der Frage nicht geäussert. Gemäss seiner Entscheidung vom 25. Juni 1897 drängte sich alles Interesse auf die scheinbar so einfache Frage zusammen, ob ein Akt der Ermächtigung zur Wegeänderung vorlag, und dabei fiel dieses zweite Vertheidigungsmittel unter den Tisch.

Wenn wir jetzt die Frage wieder aufgreifen, so geschieht es, um sie auf den breiteren Boden zu stellen, dem sie angehört. Unser Thema, Eisenbahn und Wegerecht, entfaltet hier noch einen anderen Sinn: die Eisenbahn soll selbst dem Wegerecht angehören, als öffentlicher Weg eine öffentliche Sache sein und nach dem eigenartigen Recht einer solchen behandelt werden.

I. Vor Allem: Giebt es nach deutschem Rechte fürderhin überhaupt noch öffentliche Sachen? Die Frage ist aufgeworfen worden[3]. Und man wird sich allerdings über sie klar machen müssen. Sie ergiebt sich mit so vielen anderen aus der grossen Umwälzung, welche das Bürgerliche Gesetzbuch für die deutsche Rechtswissenschaft bedeutet. Vorausgesetzt ist dabei, dass man mit dem Worte „öffentliche Sache“ einen ernsthaften juristischen Begriff verbindet. Man kann darunter einfach verstehen: Sachen des Staates oder eines anderen öffentlichen Gemeinwesens, welche einem bestimmten öffentlichen Zweck gewidmet und zu dienen bestimmt sind. In diesem Sinne wird es öffentliche Sachen jeder Zeit geben. Hier handelt es sich um einen staatswissenschaftlichen Begriff, der sich mit dem des sog. Verwaltungsvermögens decken wird. Natürlich werden für solche Sachen mit Rücksicht auf ihre Zweckbestimmung mancherlei

„Dass der Rechtsweg in dieser Sache, soviel den Streit über das Eigenthum betrifft, für zulässig, und der erhobene Kompetenzkonflikt daher für unbegründet, soviel dagegen den Antrag auf Räumung betrifft, der Rechtsweg für unzulässig und der Kompetenzkonflikt für begründet zu erachten.“

[3] Hatschek, Rechtliche Stellung des Fiskus S. 55.

rechtliche Ordnungen und Einrichtungen getroffen sein, in denen ihre staatswirthschaftliche Besonderheit sich auch juristisch bedeutsam erweist. Aber das ist Nebending und macht ihr Wesen nicht aus. Für den Begriff öffentliche Sache in diesem Sinne ist der Wechsel des Civilrechts ohne Bedeutung; er hat aber auch keinen selbständigen juristischen Werth[4].

Werthvoll ist für uns der Begriff öffentliche Sache nur in einem engeren Sinne, in demjenigen, welchen die romanistische Rechtswissenschaft in der Lehre von den res extra commercium ausgebildet hat. Gewisse Sachen sind wegen der besonderen Art, wie sie dem öffentlichen Zwecke dienen, dem Rechtsverkehr entzogen. In dem Urtheil, dass eine Sache zu diesen gehört, ist also immer zugleich eine bestimmte juristisch bedeutsame Folge ausgesprochen. Das sind die öffentlichen Sachen, mit welchen wir allein hier zu thun haben. Wege, Festungswerke sind die Hauptbeispiele. Wir lassen einstweilen dahingestellt, welche Sachen im Einzelnen darunter zu rechnen sind. Es kommt uns zunächst nur darauf an: ist diese Wirkung jetzt überhaupt noch möglich? Denn das Bürgerliche Gesetzbuch ordnet ja den civilrechtlichen Rechtsverkehr für alles was „Sache" ist. Eine Ausnahme für öffentliche Sachen stellt es nicht auf. Dem Landescivilrecht hat es nur für einen engbegrenzten Kreis Spielraum gelassen, solches zu thun, für das Wasserrecht nämlich; im Uebrigen ist Alles, was das Landesrecht in dieser Hinsicht geordnet hat, beseitigt und ersetzt durch die unverbrüchlichen Grundsätze des freien Rechtsverkehrs nach Bürgerlichem Gesetz-

---

[4] Hatschek S. 19 erklärt geradewegs den Begriff des öffentlichen Eigenthums im deutschen Recht als „nur eine ökonomische Kategorie" — im Gegensatz zu dem „einheitlichen Rechtsinstitut" des domaine public. Wir können Niemanden verbieten, unter dem Wort „öffentliches Eigenthum, öffentliche Sache" Derartiges zu verstehen. Für die Lehre von diesem Begriff wird man aber kaum ein besonderes juristisches Interesse in Anspruch nehmen dürfen, und die Frage, ob öffentliche Sachen in diesem Sinn unter dem Bürgerlichen Gesetzbuch noch fortbestehen, ist gänzlich überflüssig.

buch[5]. Nur eine Möglichkeit bleibt also bestehen, wie die öffentlichen Sachen ihre besondere Rechtsordnung bewahren können: diese Rechtsordnung müsste nachzuweisen sein als dem Gebiete angehörig, welches das Bürgerliche Gesetzbuch überhaupt nicht zu beherrschen beabsichtigt, dem Gebiete des öffentlichen Rechts. Unser Gesetzgeber hat ja auch in der That ausgesprochenermassen gerade deshalb nichts über die öffentlichen Sachen bestimmt und auch keinen Vorbehalt ihretwegen für nothwendig erachtet, weil es sich hier um Verhältnisse handle, die im öffentlichen Rechte wurzeln[6].

---

[5] Hatchek S. 55 glaubt den Fortbestand der öffentlichen Sachen dadurch retten zu können, dass er aufstellt: Der (von ihm vorher entwickelte) „Fiskustypus c“ sei „prinzipiell der Regelung durch das Reichsrecht vorbehalten“. „Daher sind die partikularrechtlichen Bestimmungen über öffentliche Sachen nunmehr Reichsrecht geworden.“ Das will mir nicht einleuchten.

[6] Die Motive zum ersten Entwurf Bd. III S. 27 meinten bezüglich der öffentlichen Sachen: „Soweit es sich hier um Verhältnisse handelt, welche im öffentlichen Rechte wurzeln, muss die Ordnung derselben den Bundesstaaten verbleiben.“ Für die Reichsgesetzgebung könnte es nur darauf ankommen, „die Tragweite der landesrechtlichen Normen gegenüber den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu begrenzen. Diese Aufgabe aber ist nicht in dem Gesetzbuche selbst, sondern in dem Einführungsgesetze zu lesen.“ — Auch im Einführungsgesetz hat man aber dann von einer solchen Bestimmung abgesehen. Die Motive dazu bemerken (S. 196): „In Ansehung der dem gemeinen Gebrauche dienenden Sachen (res publicae) ist ein Vorbehalt für die Landesgesetze insofern nicht erforderlich, als es sich um Rechtsnormen des öffentlichen Rechts handelt, kraft welcher eine Sache zum allgemeinen Gebrauche dergestalt bestimmt wird, dass es unmöglich ist, so lange die betreffende Bestimmung besteht, durch Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen den gemeinen Gebrauch zu hindern oder zu beschränken.“ Die Bedeutung des Gemeingebrauchs für den Begriff der öffentlichen Sache wird hier allerdings — im Sinne einer sehr verbreiteten Lehrmeinung — überschätzt, auch die Natur der Verkehrsentziehung, welche die „Normen des öffentlichen Rechts“ bewirken, nicht richtig erkannt. Darüber haben wir hier nicht zu streiten. Die Hauptsache ist uns für jetzt nur, dass das Bürgerliche Gesetzbuch von der Meinung ausgeht, das öffentliche Recht werde diese Dinge ordnen, und dass es dafür freies Spiel lassen will.

Also ist die Frage: werden wir im Stande sein, das, worin bisher die rechtliche Eigenart der öffentlichen Sachen zu Tage trat, auf Grundlage des öffentlichen Rechtes zu erklären und zu entwickeln? Nur wenn das zu leisten ist, werden wir auch fernerhin öffentliche Sachen haben.

Es dürfte nicht schwer sein, Zweckmässigkeitsgründe genug vorzubringen, weshalb es nützlich und nothwendig ist, gewisse Sachen dem freien Spiel des privatrechtlichen Verkehrs zu entziehen. Jedenfalls hat es die althergebrachte Ordnung dafür angesehen, und für die Rechtswissenschaft, die von Natur konservativ ist, muss das genügen, um diese Einrichtung nicht preiszugeben, wenn sie anders kann.

Allerdings möchte es scheinen, als wenn ihr damit nichts Anderes als eine völlige Umkehr zugemuthet würde von den bisherigen Wegen. Die Lehre von den öffentlichen Sachen hat bisher ihre Unterkunft fast durchweg in den civilrechtlichen Systemen suchen müssen. Das deutsche Privatrecht, jene seltsame Mischung von allerlei wissenswerthen Dingen, behandelte sie zum Theil. Die Pandektisten thaten das Beste, um sie zu vertiefen. In den hervorragendsten Darstellungen des öffentlichen Rechts dagegen wird sie einfach bei Seite geschoben[7]. Das muss

---

[7] Unnöthig aufzuzählen. Die Sachlage beleuchtet folgende Zusammenstellung aus neuesten Erscheinungen: G. MEYER, Verwaltungsrecht 1894 Bd. II S. 181 N. 1 unterscheidet Verwaltungsvermögen und Finanzvermögen und setzt hinzu: „Ein Bedürfniss, neben diesen zwei Arten des Staatsvermögens noch eine dritte Klasse, die öffentlichen Sachen, anzunehmen, besteht nicht, da diese sich durchaus dem Begriff des Verwaltungsvermögens unterordnen.“ REGELSBERGER, Pandekten 1893 Bd. I S. 416 ff. unterscheidet dagegen von Sachen des Finanz- (A) und Verwaltungsvermögens (B) eine dritte Gruppe (C): die res publicae in publico usu, welche von der anderen dadurch ausgezeichnet sind, dass hier „öffentliches und Privatrecht sich in vielfacher und eigenthümlicher Weise berühren“. Von LABAND, der im deutschen Staatsrecht Bd. II § 113 nur Sachen des Finanz- und des Verwaltungsvermögens kennt, sagt er (S. 416 N. 6) entschuldigend: „Er hatte für seinen Zweck keinen Anlass, die Gruppe C in Betracht zu ziehen.“ Die

jetzt selbstverständlich aufhören. Und zwar genügt nicht eine äusserliche „Umbuchung“ der Lehre. Es genügt auch nicht, dass man, wie man so gern thut, die alten Civilrechtssätze einfach öffentlichrechtlich benamse. Die Lehre muss umgedacht werden. Ein Rechtsinstitut öffentlichrechtlich denken, heisst es erkennen als eine Erscheinung der öffentlichen Gewalt und auf dieser Grundlage alle seine Einzelheiten erklären. Was nicht auf solche Weise wurzelecht öffentlichrechtlich ist, alles Kryptocivilrechtliche unterliegt in der Wirklichkeit des Rechtslebens ganz von selbst wieder der mächtigen Anziehungskraft des Bürgerlichen Gesetzbuches. Farbe bekennen heisst es jetzt.

Das scheint, wie gesagt, viel verlangt. Und doch, wenn man näher zusieht, wird man leicht inne werden, dass der wirkungskräftige Kern öffentlichrechtlicher Auffassung an unserer öffentlichen Sache immer schon vorhanden war. Es kommt nur darauf an, den Gedanken sich voll und frei entfalten zu lassen.

Schon für das römische Recht, das ja den Ausgangspunkt für die ganze Lehre liefert, wird man die Rolle, welche als lebendig öffentlichrechtliches Element darin spielt, viel höher bewerthen müssen, als es wohl früher üblich war. Eine dem Staatsgedanken entfremdete Schulwissenschaft hat den Schwerpunkt allzusehr auf Nebendinge gelegt. Wo der Verkehrsausschluss mit Kultvorstellungen zusammenhängt, können wir freilich nicht so unmittelbar anknüpfen; die res sanctae, sacrae, religiosae, die unseren Festungswerken, Kirchen, Kirchhöfen entsprechen würden, lassen wir also bei Seite. Nur die res publicae, also

---

Gruppe C nicht, vielleicht aber doch die rechtliche Natur der Festungswerke und der öffentlichen Schienenwege, die dem Reich gehören. — Die neueste Auflage von Windscheid's Pandekten (1900, Kipp) Bd. II S. 630 giebt eine reiche Zusammenstellung der einschlägigen Literatur; an die Möglichkeit, dass auch bei anderen als bei Pandektisten und Germanisten Erörterungen des Gegenstandes zu finden sein würden, ist aber dabei gar nicht gedacht worden. Das kann uns bei der üblichen Stellungnahme der Publizisten nicht Wunder nehmen.

die öffentlichen Wege vor Allem, können zum massgebenden Vorbilde für unsere Auffassung werden. Und warum sind diese extra commercium? Wegen des usus publicus? Woher käme dem diese mystische Kraft? Nein, sondern weil sie res populi sind, weil damit die majestas populi Romani an ihnen erscheint, und weil diese die Anwendbarkeit des jus civile von selbst ausschliesst. Es handelt sich also um eine öffentlichrechtliche Zugehörigkeit der Sache, die nicht nothwendig im usus publicus zum Ausdruck kommt; die Zugehörigkeit ans römische Volk ist immer öffentlichrechtlich. Aber der usus publicus ist die Form, in welcher dieser Gedanke lebendig bleibt auch unter der späteren Vorherrschaft des Kaiserlichen Fiskus, der seinerseits zum Civilrecht anders steht[8].

Das Deutsche Recht hat sich ja zunächst ganz abseits von dieser mächtigen Staatsidee des altrömischen Rechts entwickelt; die öffentliche Sache erhält ihre Rechtsgestalt durch andere Vorstellungen, auf die hier nicht einzugehen ist. Mit der Ausbildung der fürstlichen Gewalt kommt der Staat allmählich wieder. Im Namen des Gemeinwohls und auf den Rechtstitel des jus politiae legt das Fürstenthum seine Hand auf Strassen, Flüsse, Festungswerke und beansprucht eine besondere Obhut darüber. Die Juristen liefern ihm noch weitere Rechtstitel aus dem corpus juris: der Fürst steht bei uns an der Stelle des populus romanus, die res publicae, welche das corpus juris diesem

[8] Bedeutsam vor Allem MOMMSEN, Röm. Staatsrecht Bd. I S. 162 ff. Hervorzuheben wären auch die Ausführungen von ELVER's röm. Servitutenlehre S. 267 ff.; sie sind in WEISKE's Rechtslexikon Bd. X S. 234 ff. im Wesentlichen aufgenommen. IHERING, Geist des röm. Rechts Bd. III S. 348 bleibt bei Anläufen; dem Wesen des öffentlichen Rechts stand er, wie auch sein „Zweck im Recht" mehrfach beweist, etwas fern. Die rechtliche Bedeutung des usus publicus wird man nur im Zusammenhang mit der mächtigen demokratischen Grundidee des römischen Staates verstehen: der populus tritt darin unmittelbar auf. Es gehört das demselben Gedankenkreis an wie die bekannte Erklärung des Gewohnheitsrechts aus einer unmittelbaren Gesetzgebung durch das Volk.

zuweist, gehören folglich ihm[9]. Freilich, die Fülle der Staatsgewalt und die durchdringende Kraft des öffentlichen Rechtes lässt sich nicht auch schon damit übertragen. Es bleibt bei einem Inbegriff verschiedener Rechte, die dem Fürsten zustehen: Wegehoheit und Wegeregal hat er als solcher, öffentlichrechtlich, wie wir jetzt sagen würden; das Eigenthum am Wege hat er wie ein anderer Mensch. Dass es extra commercium ist, ergiebt sich jetzt nicht aus jenen ersteren Rechten von selbst, sondern aus einem überkommenen Rechtssatz des gemeinen Civilrechts. Die Juristen verstehen denn auch das römische Recht nur mehr in diesem Sinne; das ist aber offenbar ein anderer als der ursprüngliche.

Dabei sind wir nun nicht stehen geblieben. Wie wäre das auch denkbar! Wie ganz anders hat sich doch seitdem die deutsche Staatsgewalt und unsere Vorstellung von ihr entwickelt — anders in die Breite wie in die Tiefe. Ungemein viel reicher ist die Mannigfaltigkeit der Erscheinungen, in welchen wir ihre Wirksamkeit erkennen, und eine eigene schmiegsame Rechtsordnung begleitet alle ihre Bewegungen.

Auch an dem Recht der öffentlichen Sache kommt diese Entwicklung natürlich zum Ausdruck. Mit der rechtlichen Zugehörigkeit der öffentlichen Sache an die Obrigkeit wird jetzt

---

[9] LEYSER, Medit. ad. pand I sp. XXV, 1: Publicae res sind nach römischem Recht solche „quarum proprietas et usus ad integrum populum spectat. Quae definitio statui democratico qualis ante Augustum Roma fuit optime convenit“. In Deutschland „secundum statum monarchicum“ sind sie entsprechend zu bezeichnen als solche, „quarum proprietas liberaque de iis dispositio ad Principem pertinet, usus vero ad eos omnes quibus princeps illum concessit.“ — AHASV. FRITSCH, Opusc var. P. I tract. XIV c. III § 1: vias publicas subjectas esse potestati politiae. Den Ausgang bildet der Satz: „vias publicas olim populi Romani fuisse quoad proprietatem.“ Daraus folgt: „Cum igitur hodie summus princeps repraesentet populum secundum nostrae reipublicae formam, idem jure populi quoque utitur. Unde vias publicas per regnum tentonicum proprietate et imperio regis esse Germanorum.“

Ernst gemacht. Es handelt sich nicht mehr um ein Hoheitsrecht zur äusserlichen Ueberwachung dessen, was auf und an der öffentlichen Sache geschieht. Die öffentliche Gewalt hat die Sache selbst erfasst und beherrscht sie als solche für das Gemeinwohl.

Die Idee einer öffentlichrechtlichen Herrschaft über die Sache, insbesondere auch die Idee eines öffentlichrechtlichen Besitzes prägt sich jetzt daran aus[10]. Was bisher schon als rechtliche Besonderheit der öffentlichen Sachen angesehen wurde, fängt an, sich immer deutlicher um diesen öffentlichrechtlichen Kern herum zu krystallisiren. Dass Privatrechte, welche an der Sache vorher begründet waren, nicht geltend gemacht werden können, um den Bestand der öffentlichen Sache zu stören, wird erkannt als eine Wirkung ihrer besonderen dinglichen Zugehörigkeit an die öffentliche Gewalt[11]. Ebenso wird jetzt die Unzugänglich-

---

[10] Dass von einer „Herrschaft über die öffentliche Sache, über den öffentlichen Weg“ gesprochen wird, welche der Staat ausübt von öffentlichen Rechts wegen, als Subjekt von Hoheitsrechten u. dgl., ist etwas sehr Gewöhnliches. Besonders kräftig, wenn auch vielleicht gegenüber der jetzt üblich gewordenen Terminologie etwas gewagt, kommt der Gedanke zum Ausdruck, wenn man geradezu die Polizei als das Rechtssubjekt bezeichnet. Die Polizei ist die unzweifelhafteste öffentliche Gewalt. Dass sie den Weg schützt und ordnet, ist selbstverständlich ihre Aufgabe. Der Weg gehört ihr aber überhaupt an: er ist, wie Oberverwaltungsgericht vom 1. Okt. 1887 es nennt, „eine polizeiliche Anstalt“, oder nach Oberverwaltungsgericht vom 14. Nov. 1887 mit Brücken, Fähren, Strömen, Häfen eine „polizeiliche Verkehrsanstalt“ in dem Sinne, dass sie „der Verfügung und Obhut der Polizeibehörde unterstehen und dementsprechend polizeilichen Schutz gegen schädigende Eingriffe im weitesten Umfange geniessen“. F. SCHULTZ, Zum preussischen Wegerecht, hat sogar den Ausdruck „Polizeibesitz“ für das Verhältniss geprägt (S. 21), und erläutert (S. 19 N. 2): „Wenn die Polizei auch einen privatrechtlichen Besitz nicht haben kann, so möge es gestattet sein, die thatsächliche Herrschaft der Polizei hier als Besitz zu bezeichnen.“

[11] Es sei hiefür auf die bereits oben N. 2 angerufenen Entscheidungen bei STÖLZEL, Rechtsprechung des preuss. Kompetenzkonfliktshofs S. 293 ff. verwiesen. Die thatsächliche Einbeziehung einer Bodenfläche in den öffentlichen Weg durch Eröffnung des Verkehrs darüber, Pflasterung oder sonstige Herrichtung genügt, um die Eigenthumsklage auf Herausgabe unzulässig zu machen. Und warum? Die Rechtsprechung erklärt das für „polizeiliche

keit der Sache für neu zu begründende privatrechtliche Ansprüche daran, wo man einen formellen Gesetzestext nicht hat, einfach direkt zurückgeführt auf die überwältigende Widerstandskraft des Oeffentlichrechtlichen, das in ihr steckt[12].

Verfügungen", gegen welche ein Rechtsweg nicht gegeben ist. Wie das juristisch aufzufassen ist, wird nachher noch erörtert werden. Hier soll nur festgestellt sein, dass hiernach eine Entfaltung obrigkeitlicher Macht über die Sache es ist, was die Geltendmachung des Privatrechts zurückdrängt. — Von der Formel der Unantastbarkeit der polizeilichen Verfügung sucht Obertribunal vom 12. Juli 1875 (Entsch. Bd. LXXV S. 154 ff.) sich frei zu machen: Das Gelände des Klägers war ganz formloser Weise thatsächlich zur Erbauung einer Chaussee verwendet worden. Klage des Eigenthümers. Das Tribunal sagt: „Mit der Bestimmung einer Verkehrsstrasse ist das Verlangen der Klägerin auf Herausgabe von Ländereien, welche zu dem Wegekörper verwendet sind, unvereinbar. . . . Ob in der vom Staate ertheilten Genehmigung zum Baue der Chaussee eine polizeiliche Verfügung zu finden ist, der gegenüber nach dem § 4 des Gesetzes vom 11. Mai 1842 die Wiederherstellung des früheren Zustandes nicht verlangt werden kann, ist nach der Sachlage unerörtert zu lassen. Aus dem Gesichtspunkte der überwindenden Kraft des öffentlichen Rechts ist der Klägerin der Anspruch auf Herausgabe der ohne ihren Willen weggenommenen Ländereien entzogen und ist die Klägerin auf den ferneren Anspruch des verletzten Eigenthümers, in der Entschädigung bestehend, beschränkt."

[12] Obertribunal vom 31. März 1863 (Entsch. Bd. LVII S. 92): Ein Ravelin der Festungswerke von Memel war 50 Jahre lang von dem benachbarten Grundbesitzer benützt worden. Ersitzung wurde behauptet. Ein Gesetzestext, der Festungswerke dem Verkehr entzieht, besteht nicht. Aber das Tribunal erwägt: „Die vorzüglichste Pflicht des Oberhauptes im Staate ist es, die äussere Sicherheit zu erhalten, und es gehört zu den Majestätsrechten, die Vertheidigung des Staates gegen auswärtige Feinde anzuordnen. Zu diesem Zwecke dienen Festungen." Es genügt für die hier fraglichen Festungswerke, dass „der Staat kraft seines Hoheitsrechts dieselben sich zugeeignet hat und dieselben erhalten wissen will. Es würde in dieses Hoheitsrecht eingegriffen werden, wenn man Privatpersonen gestatten wollte, durch Besitzergreifung und fortgesetzten Besitz Rechte auf einen Theil der Festungswerke zu erwerben und dadurch den Staat zu nöthigen, die Festung nicht länger bestehen zu lassen." Daher ist das Festungswerk dem Verkehr entzogen. — Die Vernünftigkeit des Rechtsinstituts der öffentlichen Sache ist hier einleuchtend genug dargethan. Die Art aber, wie es hier einfach zurückgeführt wird auf das im Bestand der Sache zum Ausdruck kommende Hoheitsrecht, auf die besondere öffentlichrechtliche Herrschaft des Staates

Das Alles lässt deutlich erkennen, auf welchem Punkte wir angekommen sind: wie uns überhaupt die antike Staatsidee wieder gewonnen ist, so auch der daran hängende kräftige und einheitliche Begriff der res publica. Man muss sich nur entschlossen auf den gegebenen öffentlichrechtlichen Boden stellen; dann verschwinden alle Schwierigkeiten und findet sich insbesondere auch ganz von selbst die reinliche Scheidung gegenüber dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Freilich, wenn man von jener Grundlage aus die Einzelheiten des Rechts der öffentlichen Sache folgerichtig entwickeln soll, da stellt sich eben die Nothwendigkeit eines Umdenkens gewohnter Anschauungen in grossem Maasse ein. Und das liegt nicht Jedermann[13].

Das Haupthinderniss bilden dabei wieder die Trümmer einer Lehre, über die man im Allgemeinen längst hinweg zu sein glaubt: die alte Fiskustheorie. Dass man den Staat, wenn er in gewisse Verhältnisse tritt, den Fiskus nennt und ihn dann wie

---

über die Sache, welche den privatrechtlichen Rechtsverkehr ausschliesst, ist ein kräftiges Zeugniss für die lebendig gewordene Rechtsidee, die sich sonst wohl hinter leicht zu citirende Gesetzesparagraphen versteckt.

[13] Das damit verbundene Unbehagen macht sich gern dadurch Luft, dass man mir Fremdländerei vorwirft. So jetzt wieder Hatschek a. a. O. S. 57. Er stellt mir ein deutsch-nationales System entgegen, für welches er die grundlegende Formel „Scheidung von dominium und imperium" dem Buche von Vauthier, Etudes sur les personnes morales, entnimmt. Es ist aber gar nicht an dem, dass ich den Gedanken, die öffentliche Sache ganz auf den Boden des öffentlichen Rechts zu stellen, in Deutschland erst eingeschleppt hätte. Der ist von selbst bei uns gewachsen und von Anderen schon längst ausgesprochen worden: von Ihering, Keller, Dernburg, Burckhard, Eisele u. A. in verschiedenen Wendungen. Ich habe nur versucht, diesen Gedanken in umfassender Weise zur Erklärung des geltenden Rechts zu verwenden. Das ist eine Sache der juristischen Logik und der praktischen Rechtskunde und in beiden Richtungen leicht kontrolirbar. Ergiebt sich dabei, dass auch hier, wie so vielfach, die deutsche und die französische Rechtsentwicklung übereinstimmen, so ist das weder verwunderlich noch beklagenswerth.

einen Privatmann behandelt, das hat ja weiter nichts auf sich. Mehr will man jetzt eigentlich auch nicht thun. Aber die alte Auffassung hatte den Fiskus als eine besondere juristische Person vom Staate unterschieden. Und beim Gebrauch des Namens Fiskus fällt man immer wieder darein zurück, thatsächlich zu verfahren, als wäre es noch so. Nur mit diesem alten Fiskusbegriff als einer gesonderten juristischen Person ist es möglich, der sich aufdrängenden Idee des öffentlichen Eigenthums sich zu verschliessen. Denn lässt man einmal den Staat als öffentliche Gewalt die Sache für seine Zwecke in Anspruch nehmen, so steht er auch, soweit seine Herrschaft die Sache durchdringt, überall, wo er als Herr dieser Sache in Betracht kommt, den anderen Rechtssubjekten in dieser Eigenschaft gegenüber. Er kann nicht in einem und demselben Verhältniss zugleich als öffentliche Gewalt und als gewöhnlicher Privatmann erscheinen. Ein solcher Zwiespalt ist für das vernünftige Denken nur annehmbar durch die Spaltung des Staates selbst in zwei Personen, von denen die eine die Sache an der Oberfläche öffentlichrechtlich beherrscht, um sie für ihren Zweck zu erhalten, während die andere, der Staat zweiten Ranges, unter dieser Herrschaft die Rolle des gewöhnlichen Eigenthümers spielt, belastet mit dieser Zweckbestimmung, im Uebrigen aber wie ein anderer Eigenthümer nach Civilrecht geregelt. Es ist eine innerliche Unwahrheit, wenn man glaubt, von der alten Fiskuslehre sich freigemacht zu haben, und doch das öffentliche Eigenthum leugnet, das nur mit ihr geleugnet werden kann [14].

---

[14] Diesen Zusammenhang hat Hatschek a. a. O. S. 21 richtig erkannt. Anstatt aber zu folgern: weil die Ausscheidung des Fiskus nicht mehr haltbar ist, müssen wir uns an den Gedanken des öffentlichen Eigenthums gewöhnen, will er umgekehrt, um dem öffentlichen Eigenthum zu entgehen, zurückkehren zur älteren Auffassung: „Wir bleiben beim alten Fiskus und beim Dualismus“ (S. 57). Wie sieht aber dieser wiedererstandene Fiskus aus? Die gesonderte Persönlichkeit des Fiskus besteht „nur in der Vorstellung des Individuums, das dem Staate im bürgerlichen Rechts-

Diese Auffassungsweise verunstaltet aber auch das ganze Rechtsinstitut der öffentlichen Sache der Art, dass es seinem

verkehr begegnet." Also nicht in der Wirklichkeit des Rechts? Ueberdies: „Nur dem Individuum im bürgerlichen Rechtsverkehr erscheint der Fiskus als juristische Person des Civilrechts zuweilen neben dem Staat. Dem Staate und seinen Organen gegenüber ist und bleibt der Fiskus nur Organ, oder besser staatliche Kompetenz." Diesen letzteren Umstand „übersah die ältere Doktrin, und darin liegt ihr grosser Fehler". — Ich fürchte, dass hier der alte, ehrliche Fiskus sich in Redensarten verflüchtigt. Das Wort „Organ" aber sollte man für juristische Ausführungen endlich einmal verbieten. Es ertödtet alles wissenschaftliche Verantwortlichkeitsgefühl. — ANSCHÜTZ, Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen S. 88 N. 60, glaubt sich vor dem ganzen Dilemma geborgen hinter dem § 25 Allg. L.-R. Th. II Tit. 14, der doch durch „keine theoretische Konstruktion aus der Welt geschafft werden kann". Er lautet: „Dies gemeine Staatseigenthum selbst ist den Domänen völlig gleich zu achten." Damit soll nach ANSCHÜTZ ein für allemal verfügt sein, dass das Eigenthum an Landstrassen u. dgl. als privatrechtliches aufzufassen sei. Das scheint mir aber doch über das Recht des bestimmungsgemässen Gebrauches eines Gesetzestextes hinauszugehen. Bei dieser Auslegung hätte der harmlose Paragraph, den die Kommentatoren bisher als ziemlich nichtssagend betrachteten (KOCH, Kom. zu § 25 Th. II Tit. 14 N. 16), auch der Konfiskation, der schweren Geldstrafe, dem Abzugsgeld allen „Konstruktionen" zum Trotz privatrechtlichen Charakter aufgeprägt; denn auch diese werden unmittelbar vorher (§ 23) zum „gemeinen Eigenthum des Staates gerechnet". An derartiges hat der Gesetzgeber gar nicht gedacht. Ganz sicher freilich haben die Juristen, die am Allgemeinen Landrecht arbeiteten, die öffentlichen Sachen sich so vorgestellt, dass sie in privatrechtlichem Eigenthum ständen, und das thaten sie gemäss der höchst eigenthümlichen „Konstruktion", welche die Fiskustheorie an die Hand gab. Massgebend für uns ist nur, was das Gesetz thatsächlich für die öffentlichen Sachen in Th. II Tit. 15 geordnet hat. Und das erklären wir eben vom heutigen Standpunkt aus besser und einleuchtender mit einer neueren Konstruktion. — Das Wort Konstruktion ist in Misskredit gerathen. Es wird geradezu als Vorwurf gebraucht mit dem Beigeschmack der leeren, willkürlichen Konstruktion. Eine Rechtswissenschaft, die als ihre oberste Aufgabe erkennt, realistisch zu sein, ist empfindlich dagegen. Gleichwohl wird sie auf diese Gefahr hin nicht darauf verzichten dürfen, immer wieder zu versuchen, die Mannigfaltigkeit der Einzelerscheinungen unter die Herrschaft allgemeiner Ideen zu zwingen, also zu konstruiren. Deshalb allein ist sie Rechtswissenschaft. Die Korrektur aus der Wirklichkeit des Rechts ist willkommen. Aber dieser Art ist der von ANSCHÜTZ erhobene Einwurf keineswegs.

Zweck nicht mehr ordentlich zu dienen vermag. Das ist vielleicht noch ein schlimmerer Vorwurf als ihr Mangel an Logik.

Die öffentliche Sache ist dem privatrechtlichen Rechtsverkehr entzogen. Das bedeutet nicht, dass dem Einzelnen keine besonderen Nutzungen und Besitzrechte daran eingeräumt werden können. Die staatlichen Behörden, welchen die Sorge für die Sache anvertraut ist, können solche Einräumungen machen, in den dem Zwecke entsprechenden Formen des öffentlichen Rechts natürlich und unter der pflichtmässigen Bedingung, dass diese zugestandenen Rechte der Bestimmung der öffentlichen Sache nicht hinderlich werden dürfen. Das war schon nach römischem Rechte so[15]. Dem modernen Fiskus gegenüber, als dem Eigenthümer der Sache, hat man aber natürlich Privatrechte der Einzelnen daraus gemacht, welche an der demnach nur unvollkommen extra commercium gesetzten öffentlichen Sache erworben werden können. Und daneben hat man den civilrechtlichen Rechtssatz gestellt: dass diese Rechte nicht geeignet sein dürfen, der Bestimmung der öffentlichen Sache hinderlich zu werden[16]. Der Erwerb der Rechte vollzieht sich dann

[15] Schwab im Arch. f. civ. Pr. Beil. S. 117; Elvers, Röm. Servitutenlehre S. 267 ff.

[16] Stobbe, Deutsch. Priv.-Recht Bd. I S. 600; Windscheid (Kipp), Pand. Bd. I S. 636; Dernburg, Preuss. Privatrecht Bd. I S. 138; Derselbe, Pand. Bd. I S. 168; Förster-Eccius, Preuss. Privatrecht Bd. III § 159 N. 4, § 177 N. 13; Bekker, Pandektenrecht Bd. I S. 345; Ubbelohde, Comment. zu Buch 43 S. 68; Regelsberger, Pand. Bd. I S. 425 u. a. m. Je stattlicher die Aufzählung von Namen ist, desto mehr muss es auffallen, dass man bei einer so öden Rechtssatzformel sich beruhigen kann. Die praktische Anschauung fehlt eben gänzlich. Jedes dingliche Privatrecht an der Strasse kann ja für die bestimmungsgemässe Verwaltung derselben störend werden, und keines ist störend, wenn es mit der Bedingung besteht, dass es dem Hauptzwecke der Strasse nicht hinderlich sein dürfe, auch das umfassendste Recht nicht, das Eigenthum; wird ja doch gerade die Möglichkeit fremden Eigenthums an der Strasse unbedingt anerkannt. Folgerichtig müsste man sagen: es kann überhaupt jedes Privatrecht an der Sache begründet werden, nur seine thatsächliche Durchführung ist nicht möglich, so-

durch Vertrag, Ersitzung u. dgl. in den starren Formen des Civilrechts, und über die Frage, ob die Grenze jenes beschränkenden Rechtssatzes dabei eingehalten ist, entscheidet das Civilgericht. Wie täppisch das wirkt, kann man sich vorstellen[17]. Wenn wir

---

weit die Bestimmung der Sache, d. h. die Polizei es nicht erlaubt. So z. B. Oberappellationsgericht Dresden in Eisenbahnvereinszeitung 1863 S. 286. Damit wäre freilich die Verkehrsentzogenheit der öffentlichen Sache überhaupt verneint. Denn gerade so steht es mit jedem Baugrundstück: es ist im freien Verkehr, nur ist die Durchführung der zu erwerbenden Rechte bedingt durch die „in Folge polizeilicher — hier vor Allem baupolizeilicher — Anordnungen eintretenden Beschränkungen". — Die herrschende Meinung geht nicht so weit. Sie nimmt eine wirkliche halbe Verkehrsentziehung an; der civilrechtliche Satz, auf den man sich geeinigt hat: die Rechte selbst sind ausgeschlossen, wenn ihre praktische Durchführung den bestimmungsgemässen Gebrauch der Sache stören würde, ist nichts Anderes als ein Kompromiss zwischen dem vollen civilrechtlichen extra commercium esse, von dem man ausgeht, und der öffentlichrechtlichen Verfügbarkeit der Sache, welche man in den von der Verwaltung eingeräumten besonderen Nutzungen thatsächlich vor Augen hat.

[17] In der That handelt es sich hier doch nur um die civilrechtliche Karrikatur eines öffentlichrechtlichen Instituts. Der vermeintliche Rechtssatz: die Sonderrechte dürfen dem bestimmungsgemässen Zwecke der Sache nicht hinderlich sein, ist in Wahrheit nur eine Regel für das pflichtgemässe freie Ermessen der Verwaltungsbehörden bei Einräumung und Entziehung solcher Sonderrechte. Erst durch ihre Willensentschliessungen bekommt die Regel Fleisch und Blut, wird ein anwendbarer Inhalt daraus gezogen. Gewissenhafte Richter sind übel genug daran, wenn sie jenen Rechtssatz handhaben sollen; sie fühlen sich nicht an ihrem Platze. Deshalb suchen sie sich etwa auf ergangene Verwaltungsakte zu berufen, die ähnliche Sonderrechte an der Sache schon eingeräumt hätten. So Reichsgericht 16. Febr. 1887: Die Ersitzung eines „servitutarischen Rechts" an der Strasse behufs Aufstellung von Wagen und Akergeräthen wird für zulässig erklärt; denn: „Es ist, wie für den vorliegenden Fall gerade die anderen Personen gegen Entgelt ertheilte Befugniss zu besonderer Benutzung von Strassenflächen zeigt, durch den Begriff der öffentlichen Strasse nicht ausgeschlossen, dass dieselbe dem öffentlichen Verkehr nur so weit dient, als nicht Einzelnen besondere diesen Verkehr einschränkende Rechte daran zustehen, und es ist deshalb der Erwerb solcher besonderen Rechte durch Ersitzung nicht undenkbar." Freilich ist damit, dass die Verwaltungsbehörde an einer bestimmten Stelle eine bestimmte Sondernutzung mit dem Zweck der Strasse vereinbar fand, noch gar nicht gesagt, dass das auch an anderen Stellen so

Werth legen auf den Bestand unserer öffentlichen Sachen, müssen wir dringend wünschen, von diesem ganz ungeeigneten System loszukommen.

Nun denn, das Bürgerliche Gesetzbuch wird uns davon befreien dadurch, dass es die civilrechtlichen Krücken, mit welchen diese Auffassungsweise sich bisher noch fortschleppte, ihr einfach wegschlägt und sie auf solche Weise künftighin unmöglich macht.

Wir unterscheiden ja vor Allem zwei Richtungen, nach welchen die öffentliche Sache ihre Unzugänglichkeit für das Privatrecht äussert:

> soweit sie dem Staate angehört, können neue Privatrechte und privatrechtliche Beschränkungen nicht an ihr entstehen;
>
> bereits an ihr bestehende Privatrechte können nicht geltend gemacht werden, um den staatlichen Besitzstand und den bestimmungsgemässen Dienst der öffentlichen Sache auf gerichtlichem Wege zu beseitigen[18].

---

wäre. Deshalb werden solche Anlehnungsversuche immer etwas Missliches haben. — Ein anderer Ausweg ist der, dass man den Rechtssatz im Einzelfall überhaupt nicht anwendet, um Zulässiges und Unzulässiges danach zu bestimmen, sondern ihn nur noch einmal im Allgemeinen einschärft. So Reichsgericht 7. Nov. 1882: Ein Anschlussgeleise soll als Servitut an der Eisenbahn begründet sein; das Vorhandensein eines solchen kann ja für den Hauptzweck der Bahn sehr störend werden; dann wäre dieses Recht unzulässig. Der Richter hat aber mit Zustimmung des Reichsgerichts dieses Bedenken dadurch beseitigt, dass er „ausdrücklich vorbehalten, dass die Ausübung selbstverständlich nur innerhalb der Schranken zu erfolgen habe, welche durch die den Eisenbahnbetrieb regelnden Vorschriften gezogen seien". Auch in dieser Form wird die richtige Abgrenzung des Zulässigen schliesslich doch der Verwaltungsbehörde zugeschoben.

[18] Anschütz, Ersatz aus Vermögensbeschädigungen S. 88, 92 N. 67 vermisst bei mir eine scharfe Scheidung zwischen „Polizei der öffentlichen Sache" und „laufender Verwaltung" dieser Sache, wozu er insbesondere auch die „Bauthätigkeit" daran rechnet; diese laufende Verwaltung soll nach ihm privatwirthschaftlicher Art und dem Civilrecht unterworfen sein. Ich unterscheide aber folgendermassen: Die Grundlage bildet die öffentlichrechtliche Zugehörigkeit der Sache, öffentliches Eigenthum insbesondere; dieses äussert

In ersterer Hinsicht ergiebt sich aus dem Wesen des öffentlichen Eigenthums Alles von selbst. Die im Banne der alten Fiskuslehre stehende Auffassung dagegen kann nur zum Ziele kommen mit Zuhilfenahme eigens für diesen Zweck gestalteter Civilrechtssätze. Denn die öffentlichrechtliche Aufsicht und Obhut, welche der Staat über die Sache übt, ist hier ganz unabhängig von den Schicksalen des Eigenthums, welches dem Fiskus daran zusteht. Mag mit diesem werden was will, es muss dem Staate genügen, wenn er thatsächlich dadurch nicht gehindert wird, den äusserlichen Bestand der Sache aufrecht zu erhalten, und dafür garantirt er sich selbst durch die obrigkeitliche Macht, mit der er die Sache vertheidigt. Es ist eine äusserliche Zuthat, wenn ausserdem noch das civilrechtliche Eigenthum des Fiskus

---

sich in der Unzugänglichkeit der Sache für Civilrecht, wie oben, und in den öffentlichrechtlichen Verfügungen über sie; hierbei handelt es sich um Rechte dinglicher Art, um ein öffentliches Sachenrecht, — welches ANSCHÜTZ nicht anerkennt. Daneben steht die Polizei der öffentlichen Sache, welche mit der Abwehr thatsächlicher Störungen zugleich den Schutz dieses Rechts handhabt; diese rechnet auch ANSCHÜTZ zum öffentlichen Recht. Das dritte Gebiet nun würde alles umfassen, was sonst der Staat mit seiner öffentlichen Sache und auf derselben treibt; das begreift ANSCHÜTZ noch unter dem Namen „Verwaltung der öffentlichen Sache". Meines Erachtens haben aber diese Dinge keine gemeinsame rechtliche Farbe. Es kommt immer darauf an, was da vor sich geht. Verkauft der Staat die Kirschen von den Chausseebäumen, so ist das civilrechtlich, erhebt er Chausseegeld, so ist es öffentlichrechtlich. Die öffentliche Sache färbt darauf nicht ab. Insbesondere überschätzt meines Erachtens ANSCHÜTZ den Zusammenhang zwischen der öffentlichen Sache und der öffentlichrechtlich zu beurtheilenden Bauthätigkeit im Sinne der travaux publics des französischen Rechts (a. a. O. S. 89). Oeffentliche Arbeiten sind auch die Arbeiten zur Austrocknung von Sümpfen, die in Privatbesitz stehen, also aus zwiefachem Grunde keine öffentliche Sache sind. Andererseits sind auch nicht alle Arbeiten, die an einer Strasse oder einem Festungswerke vorgenommen werden, öffentliche Arbeiten: das Abmähen des Grases von den Wällen z. B. nicht. Auch diese Thätigkeiten sind also für sich zu würdigen und bilden überhaupt keinen Bestandtheil der Lehre von der öffentlichen Sache. Eine scharfe Scheidung lässt sich gerade dadurch erst gewinnen, dass man ausser der Polizei der öffentlichen Sache auch das ganze öffentliche Sachenrecht vorweg nimmt.

dem Civilrecht unzugänglich gemacht werden soll. Und das lässt sich eben nur durch Civilrechtssätze bewirken. Man erhält sie theils ausdrücklich durch die bisherige Landesgesetzgebung, theils weiss man sie durch Gewohnheitsrecht oder irgend welche Konstruktionen heranzuziehen. Immer sind es Civilrechtssätze [19]. Wenn man die Gefahr merkt, wird man durch allerlei Wendungen um diese Thatsache herum zu kommen suchen. Bisher schon ist es ein sehr beliebter Ausdruck, zu sagen: die öffentliche Sache stehe in Privateigenthum, dieses sei nur eigenartig beschränkt zu Gunsten eines bestimmten öffentlichen Zweckes, zu Gunsten des Gemeingebrauchs [20]. Dieser, wird man jetzt mehr und mehr

---

[19] Ubbelohde, Kommentar zu Buch 43 S. 63 ff. sucht die „Extrakommerzialität" der res publicae in publico usu auf folgende Weise begreiflich zu machen. Die entsprechenden Bedürfnisse des Gemeinwesens sind dauernde. „Wie ungehörig folglich", wenn Geschäfte vorgenommen werden zum Zweck, die Sache der Bestimmung dafür zu entziehen! geradezu contra bonos mores kann das sein. Daher römisches Gewohnheitsrecht, welches solche Geschäfte für nichtig erklärt (S. 64). Daraus folgt von selbst, dass diese Sachen auch nicht verpfändbar und nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung sind (S. 71). Endlich hat das römische Recht das noch ergänzt durch die „positivrechtliche Bestimmung, dass die ordentliche Ersitzung an heiligen, geweihten, öffentlichen Sachen und an freien Menschen nicht stattfinde" (S. 75). — Den Ausschluss der Ersitzung kann man übrigens einfacher auch so begründen, dass man den erforderlichen guten Glauben hier grundsätzlich für unmöglich erklärt. Oberlandesgericht Braunschweig 21. Okt. 1892 (Eger, Eisenbahnrechtl. Entsch. Bd. XI S. 6): Ersitzung eines Wegerechts über den Eisenbahndamm wird verworfen; „wo ein gewichtiges öffentliches Interesse, wie das eines gesicherten Eisenbahnverkehrs sich geltend macht, lässt sich nicht annehmen, dass die Meinung entstehen konnte, ein Privatrecht auszuüben".

[20] Bekker, System Bd. I S. 336; Regelsberger, Pand. Bd. I S. 426. Die Beschränkung wird hier erklärt als eine Wirkung der Belastung mit dem Gemeingebrauch; dieser Belastung entspricht aber kein berechtigtes Subjekt, es ist eine „objektive Gebundenheit" des Privateigenthums. — Beide Gelehrte sind nicht in der staatsrechtlichen Fiskustheorie befangen. Nun haben sie den Staat als Eigenthümer der Strasse, sehen im Gemeingebrauch, dem diese zu dienen besimmt ist, eine Beschränkung des Eigenthums daran, und da fehlt ihnen natürlich das Subjekt dafür. Die Fiskustheorie würde

hervorheben, sei öffentlichrechtlicher Natur, die Beschränkung selbst mithin eine öffentlichrechtliche[21]. Gegen die öffentlichrechtliche Natur des Gemeingebrauchs werden wir nichts sagen; er ist ja gerade der Dienst, welchem der Staat die Sache durch seine öffentlichrechtliche Herrschaft und Obhut gewidmet hält. Von einer „Beschränkung des Eigenthums" kann man freilich auch so wieder nur sprechen, wenn man in der Auffassung steckt, dass nicht der Staat über seine öffentliche Sache auf diese Weise für seine Zwecke verfügt, sondern dass er dem Fiskus, der statt seiner der wirkliche Eigenthümer ist, die Last auferlegt, seine Sache für diese Zwecke dienen zu lassen. Da ist dann aber wiederum nicht abzusehen, weshalb diese Last die Sache von selbst unzugänglich machen soll für die Begründung von Privatrechten. Es muss immer noch ein Rechtssatz hinzukommen, der diese wirklich ausschliesst. Vielleicht möchte man diesen Rechtssatz gern einen öffentlichrechtlichen nennen, weil er zu besserer Sicherung der öffentlichen Sache diene, im öffentlichen Interesse liege. Aber damit würde er nicht aufhören, ein civilrechtlicher zu sein; auch die Ersitzung ist bono publico introducta. Ueber die blosse Titulatur als öffentlichrechtlich wird man hier wieder nicht hinauskommen. Oeffentlichrechtlich ist der Ausschluss der

---

hier helfen. Besser ist es aber, man giebt den Gedanken auf, dass der Gemeingebrauch eine Beschränkung des Eigenthums sei, statt dessen, was er ist: eine bestimmte Art, in welcher der Eigenthümer seine Sache zu verwenden beliebt.

[21] JELLINEK im Verw.-Arch. 1897 S. 311: „Oeffentliches Eigentum nichts anderes als Privateigenthum mit publizistischen Beschränkungen hinsichtlich der Mittel und Verwendung." BURCKHARD in Grünhut's Zeitschr. Bd. 15 S. 645: „Der usus publicus ist, weil er eben dem öffentlichen Rechte angehört, so stark, dass er alle Privatrechtsverhältnisse dort, wo sie sich ihm hemmend entgegenstellten, überwindet." Reichsgericht 23. Febr. 1880 (Samml. I S. 367): „Soweit diese Bestimmung zum öffentlichen Gebrauch reicht, ist das Privateigenthum (des Fiskus) an denselben (den öffentlichen Sachen) einer Beschränkung unterworfen, und sie stehen allein unter der Herrschaft der allgemeinen Staatsgewalt vermöge der publizistischen Staatshoheit derselben."

Privatrechte nur dann, wenn er nachweisbar ist als eine Wirkung und Lebensäusserung der die Sache beherrschenden öffentlichen Gewalt; ein Rechtssatz, der die Beziehungen des Fiskus als Eigenthümer im Verhältniss zu anderen Privatleuten ordnet, ist und bleibt civilrechtlich. Damit ist aber das Schicksal der öffentlichen Sache entschieden: sie mag thatsächlich dem öffentlichen Dienst gewidmet bleiben; die civilrechtlichen Regeln, wonach Privatrechte nicht daran begründet, privatrechtliche Ordnungen nicht darauf angewendet werden dürfen, sind durch das Bürgerliche Gesetzbuch beseitigt. Eine öffentliche Sache im bisherigen Begriff bestände also nicht mehr.

Die zweite Richtung, in welcher die rechtliche Natur der öffentlichen Sache wirksam wird, haben wir bereits berührt im Anschluss an unseren Rechtsfall. Der Umstand, dass ein Grundstück thatsächlich als öffentliche Sache oder als Theil einer solchen dient, erdrückt nicht von selbst die etwa vorher schon daran begründeten Privatrechte Dritter. Die Gerichte sind anerkanntermassen berufen, auf Klage des Berechtigten gegen den Herrn der öffentlichen Sache das Vorhandensein solcher Rechte festzustellen. Aber ebenso wie die Besitzklage, ist die Eigenthumsklage auf Herausgabe ausgeschlossen, und zwar von selbst: es handelt sich hier um Ausübung des öffentlichen Sachenrechts, um einen öffentlichrechtlichen Verfügungsakt; darauf besteht kein civilrechtlicher Anspruch und die Anordnung und Erzwingung der Vornahme des Aktes ist keine bürgerliche Rechtsstreitigkeit mehr. Wenn man aber dem Kläger den Fiskus gegenüberstellt, der die öffentliche Sache civilrechtlich vertritt, so ist gar nicht einzusehen, weshalb von diesem nicht auch nach Civilrecht und zwar nach § 985 B. G.-B. die Herausgabe soll verlangt werden dürfen. Die Sache soll ja doch zunächst in seinem Besitze sein, freilich belastet mit der Widmung für den öffentlichen Zweck, welche der Staat aufrecht erhält; aber das kann ihn an sich von der civilrechtlichen Pflicht

dem Kläger gegenüber nicht befreien. Bisher vermochte das Landesrecht, auch wo es unter dem Einfluss der Fiskuslehre stand, diese Folgerung abzuwehren, indem es an das thatsächliche Vorhandensein einer öffentlichen Sache auch eine Ausschliessung der civilrechtlichen Herausgabeflicht des Fiskus knüpfte. Man muss nur bedenken, wie viel leichter bisher civilrechtliche Wirkungen an öffentlichrechtliche Ordnungen sich anknüpfen liessen; handelte es sich doch für beide Gebiete immer nur um den Willen eines und desselben Gesetzgebers. Ein Beispiel dafür giebt das Preussische Recht. Die Klage auf Herausgabe eines Stückes öffentlichen Weges gilt dort als unzulässig nach § 1 des Gesetzes vom 11. Mai 1842, der den Rechtsweg gegen polizeiliche Verfügungen ausschliesst. In der Einbeziehung eines Geländestreifens in den öffentlichen Weg wird eine polizeiliche Verfügung gesehen[22]; diese polizeiliche Verfügung beseitigt, so lange sie besteht, den Anspruch auf Herausgabe gegen den Fiskus, wirkt also insofern civilrechtlich. Die Klage auf Herausgabe kann deshalb nur aufgefasst werden als gerichtet auf Aufhebung der polizeilichen Verfügung, und so erklärt sich die Unzulässigkeit. Der gleiche Gedanke, dass öffentlichrechtliche, insbesondere polizeiliche Bestimmungen massgebend sind auch für das Verhältniss zwischen den Betheiligten unmittelbar, nicht bloss für ihr Verhältniss zur öffentlichen Gewalt, tritt uns ja auch sonst noch vielfach entgegen[23]. Derartige civilrechtliche Neben-

[22] Vgl. oben N. 11.

[23] Grundsätzlich stünde beides selbständig neben einander; die öffentlichrechtliche Bestimmung bezieht sich nur auf das Verhältniss zwischen den Einzelnen und der öffentlichen Gewalt, ordnet nicht die Beziehungen jener unter einander (Beispiel: Bauerlaubniss und Eigenthums- oder Grunddienstbarkeitsfrage); sie kann zwischen den Einzelnen nur mittelbar von Bedeutung werden: als Anlass zu ihrem Verhalten gegeneinander, als Grund einer Unmöglichkeit der Leistung u. s. w. Dass sie für die Schadensersatzpflicht bei Beurtheilung der Schuldfrage in Betracht kommt (B. G.-B. § 823 2), ist schon eine Ueberschreitung der Grenzlinie. In gewissen Fällen knüpft das Gesetz an die öffentlichrechtliche Ordnung unmittelbar auch die entsprechende

wirkungen des Thatbestandes der öffentlichen Sache nun giebt es künftighin nicht mehr. Wer also kein echtes öffentliches Sachenrecht anzunehmen im Stande ist, sondern jeweils den Fiskus hinter der Polizei der öffentlichen Sache braucht, wird diesen Fiskus künftighin auch zur Herausgabe verurtheilen lassen müssen. Die Schwierigkeiten werden sich dann erst im Zwangsvollstreckungsverfahren ergeben. Da wird sich zeigen, dass der Staat die Sache doch nicht herausgiebt, nicht herausgeben kann um wichtigerer Interessen willen. Das kann dann aussehen wie ein Gewaltstreich und wie eine Missachtung des Gerichtes; es ist gewiss nicht wünschenswerth, das Recht so zu gestalten, dass

---

Gestaltung der civilrechtlichen Beziehungen zwischen den betroffenen Einzelnen unter einander. So namentlich auf dem Gebiete des Wasserrechts in Bezug auf Beschaffung der Vorfluth, Zulassung von Bewässerungs- und Entwässerungsanlagen (Beispiel bei Stölzel, Rechtspr. des Komp.-Konfl.-Hofs S. 382 ff.). Dass man das Wasserrecht der Landesgesetzgebung vorbehielt, war namentlich wegen dieses Zusammenhanges sehr angezeigt (E.-G. Art. 65; Mot. z. E.-G. S. 161; Mot. z. I. Entw. Bd. III S. 5: „der meist polizeiliche Inhalt der einschlägigen Vorschriften"). Vgl. auch Gew.-O. § 26. — Das Gebiet solcher civilrechtlicher Nebenwirkungen wird aber mannigfach, mit Recht oder Unrecht, noch weiter ausgedehnt. Beispiele. Preuss. Komp.-Konfl.-Hof vom 12. Nov. 1881 (Min.-Bl. d. T. S. 5): Die Polizeibehörde hat dem Hauseigenthümer befohlen, sein Küchenabwasser fortan in des Nachbars Graben zu schütten; diesem wird in Folge davon auch der civilgerichtliche Schutz gegen das Vorgehen des anderen versagt. Sehr merkwürdig Reichsgericht 23. Aug. 1886 (Samml. 16 S. 151 ff.): Die Behörde hatte dem Grabeigenthümer die Erlaubniss zur Ausgrabung und Ueberführung einer Leiche versagt. Die Klage auf Gestattung der Wegnahme wird abgewiesen — selbstverständlich würden wir sagen; hier handelt es sich ja um bekannte polizeiliche Maassregeln, gegen die mit einer Eigenthumsklage nicht aufzukommen ist. Das Gericht weist aber nach, dass, wenn auch im Allgemeinen hier die gewöhnlichen Regeln des Sachenrechts gelten, doch aus den angeführten Stellen des corpus juris „unbedenklich die durchgreifende gesetzliche Eigenthumsbeschränkung zu entnehmen ist, dass beerdigte Leichen ohne Genehmigung der Obrigkeit nicht aus dem betreffenden Grundstücke entfernt werden dürfen". Auch hier also wieder civilrechtliche Unterstützung der Polizeigewalt. Die Idee steckt dahinter, dass alles erst ins Civilrechtliche zu übersetzen sei, damit man es gelten lassen dürfe.

die Verwaltung unnöthiger Weise in solche Nothstände gesetzt wird[24]. Der von uns behandelte Rechtsfall giebt einen Ausblick noch auf andere Möglichkeiten. Das Gericht kann, wenn es in die Lage gesetzt wird, dem isolirt behandelten Fiskus gegenüber von allen öffentlichrechtlichen Ordnungen abzusehen, und diesem schlechthin die Herausgabe zu gebieten, nach dem Vorbilde des Oberlandesgerichts Kolmar[25] ein äusserst wirksames mittelbares Zwangsverfahren sich zurechtlegen. Der zur Herausgabe verurtheilte Fiskus war entweder vorher schon in Kenntniss davon, dass er „zum Besitze nicht berechtigt ist", oder er erfährt es jetzt. Wenn nun die leitende Staatsbehörde bestimmt, dass die Herausgabe unthunlich ist, so ist der Fiskus nach §§ 989, 990 B. G.-B. für den Schaden verantwortlich, der dadurch entsteht, „dass die Sache von ihm nicht herausgegeben werden kann".

---

[24] Nach E.-G. z. C.-P.-O. § 15 Ziff. 3 ist C.-P.-O. § 885 Abs. 1 auch gegen den Fiskus anwendbar: „Hat der Schuldner eine unbewegliche Sache zu räumen, so hat der Gerichtsvollzieher den Schuldner aus dem Besitze zu setzen und den Gläubiger in den Besitz einzuweisen." In der Idee mag sich das recht schön ausnehmen, wenn der Gerichtsvollzieher die Einfriedigung des Bahnhofs niederlegen lässt und die Eisenbahnverwaltung behufs Uebergabe der früheren Strasse an den freien Verkehr aus dem Besitze ihres Bahnkörpers setzt. In Wirklichkeit ist so etwas nicht möglich; also darf man es vernünftigerweise auch nicht von den Gerichten anordnen lassen. Für Verwaltungsbehörden ist es etwas ganz Natürliches, dass ihr Vorgehen durch Rücksichten eines wichtigeren Interesses gehemmt werden kann. So würde sich z. B. nach Preussischem Rechte ein Konflikt zwischen Eisenbahn- und Wegeinteressen, wie der hier behandelte, in folgender Weise erledigen (Oberverwaltungsgericht 3. Febr. 1897, Samml. 1897 S. 198): ob ein Weg über das Bahngebiet führt, darüber entscheidet die „gewöhnliche Wegepolizeibehörde" gegen den Bahnfiskus; soweit eisenbahnpolizeiliche Interessen konkurriren, hindert die „Eisenbahnpolizei" die Vollstreckung; die höheren Aufsichtsbehörden greifen schliesslich ein behufs „einheitlicher Verfügung". — Da aber für Gericht und Verwaltung die ausgleichende gemeinsame Aufsicht fehlt, so bliebe es für das Gericht bei der einfachen Zurückweisung seiner Anordnung. Gerade die Justiz aber muss, wo sie überhaupt zu gehen hat, ihren „stracken Lauf" gehen können. Sonst ist ihr Ansehen geschädigt.

[25] Vgl. oben Bd. XV S. 512.

Die Höhe des Schadensersatzes wird alsdann vom Gericht festgestellt ohne Möglichkeit einer Revision. Es steht formell nichts im Wege, sie so hoch zu greifen, dass der Staat, der ja, allen juristischen Konstruktionen zum Trotz, in der rauhen Wirklichkeit des Finanzpunktes doch schliesslich nur ein und derselb ist mit dem schwer getroffenen Fiskus, es vorziehen muss, de. Kläger sonst zu befriedigen. Nothgedrungen wird er mit sein öffentlichen Sache alle Aenderungen vornehmen, die dieser ve langt: Strassen verlegen, Planübergänge gestatten, Festungswer umbauen, — die Privatinteressen und die Civilgerichte würd da noch mancherlei segensreiche Einwirkung üben können! —

Einem allgemeineren Einwand gegen die Nothwendigkeit Fortbestandes des Rechtsinstitutes der öffentlichen Sache müs wir aber hier noch entgegnen. Das neue Recht, das diesen F bestand gefährdet, bringt auch eine Einrichtung mit sich, dem Grundeigenthum überhaupt und so auch den öffentli Sachen, sofern sie darunter gestellt würden, eine erhöhte Si heit gegenüber den Zufällen der privatrechtlichen Verwicklu gewährte: das Grundbuch. Das wird namentlich in den herigen Gebieten des reinen französischen Rechtes sehr fü werden. Es wäre aber eine grosse Ueberschätzung dieser richtung, wollte man damit die Forderung der Verkehrsentz heit gewisser Sachen praktisch erledigt erklären.

Das Grundbuch kann vor Allem nicht ersetzen die s als zweiten Punkt behandelte Unangreifbarkeit der öffent Sache durch bereits begründete Privatrechte. Man kan jetzt besser vorsehen, um unzweifelhaftes Eigenthum zu erw bevor man Festungswerke, Strassen, Eisenbahnen auf Grundstücke einrichtet. Die Erfahrung in alten Grun gebieten beweist, dass das nicht ausreicht. Der Masse durch Vertrag und Enteignung, die Nothwendigkeit, vorz bevor die Formalitäten erfüllt sind, die alle Juristerei gr verachtende Thatenlust der Techniker führen immer wi

dem Thatbestand der öffentlichen Sache mit fremdem Grund und Boden und damit zu der Nothwendigkeit, die öffentliche Sache gleichwohl zu behaupten.

Nach der anderen Richtung, die wir als ersten Punkt behandelten, giebt wohl das Grundbuch einen gewissen Schutz gegen die Ersitzung, aber keinen unbedingten und vor Allem schützt es nicht gegen die kleinen Grenzverschiebungen, welche gerade Wegen, Festungswerken gegenüber so wichtig sind und so leicht vorkommen. Ganz unberührt lässt es einen sehr bedeutsamen Punkt, den wir bisher noch gar nicht hervorgehoben haben: das gesetzliche Nachbarrecht und die daraus fliessenden Beschränkungen und Belastungen. Und doch scheint es wichtig genug, dass das öffentliche Eigenthum seiner Natur nach auch für dieses unzugänglich bleibt, wie bisher[26].

Sehr bezeichnend ist, dass das Reichsgrundbuchrecht selbst noch nicht weiss, was es mit den öffentlichen Sachen anfangen soll. Es überlässt es der landesherrlichen Verordnung, ob sie ein Grundbuchblatt erhalten sollen oder nicht (Grundb.-O. § 90). Die Motive S. 38 erläutern das damit, dass diese Sachen, gleich den Grundstücken des Fiskus überhaupt, den Grundstücken der landesherrlichen Familie u. s. w. „wegen der Rechtsstellung des Eigenthümers oder wegen ihrer Zweckbestimmung dem Privatrechtsverkehr thatsächlich fern zu bleiben pflegen“. Also wäre es unnöthige Arbeit, sie in das dem Rechtsverkehr dienende Grundbuch einzutragen. Mit den öffentlichen Sachen steht es nun aber zum Unterschied von den anderen hier gleich behandelten so, dass sie, als dem öffentlichen Rechte zugehörig, den Regeln des Grundbuchs überhaupt nicht unterliegen würden[27].

---

[26] Das Obertribunal hat z. B. die Regel des Allg. Landrechts Th. I Tit. 8 § 149 auf Scheidungen gegen öffentliche Wege für unanwendbar erklärt (Striethorst's Arch. Bd. 47 S. 228). Das soll doch nicht aufhören?

[27] Dass das zwei ganz verschiedene Gesichtspunkte sind, ist offenbar. Einstweilen gehen sie durcheinander. Böhm, Reichsgrundbuchrecht S. 477

Wenn die Grundbuchordnung sagt: es kann bestimmt werden, dass sie ein Blatt erhalten, so überlässt sie bezüglich ihrer den Regierungen die Entscheidung, nicht nur ob das zweckmässig ist, sondern auch ob die öffentlichen Sachen überhaupt nach öffentlichem Rechte zu behandeln sind, oder nach Civilrecht. Erst wenn letzteres bejaht wird, käme die Zweckmässigkeit der Eintragung zu erwägen. Nach dem gegenwärtigen Stand der Frage des öffentlichen Eigenthums, die in den verschiedenen Landesrechten verschieden gelöst oder auch ganz in Schwebe gelassen wird, ist es erklärlich, dass das Reichsrecht seinerseits hier lieber Alles dahingestellt sein lässt. Die Lösung jener Frage muss aber

---

bemerkt zu § 90 Grundb.-O.: „Die in Abs. 1 Satz 1 gedachten Grundstücke sind der Regel nach dem Verkehr entzogen. Das ist der Grund, weshalb Eintragungszwang vielfach nicht bestand und auch in Zukunft unterbleiben kann — daneben sind Rücksichten des öffentlichen Rechts massgebend.“ Das sind natürlich nur halbe, unklare Aussprüche. — Wenn eine dem Verkehr entzogene Sache gleichwohl eingetragen wird, so kann das auf ihr rechtliches Schicksal keine Wirkung haben; deshalb hat der Eintragungszwang für sie höchstens die Bedeutung einer Ordnungsmaassregel. Ein Beispiel, wie das öffentliche Recht, dem die Strasse angehört, in die Rechte des Grundbuchs hineingreift in Reichsgericht 28. April 1899 (Beil. zu Gruchot's Beitr. Bd. VI S. 3). Es ist klar, dass derartiges zu den festen Ordnungen des Grundbuchs nicht stimmt. Also ist es besser, gar nicht den Schein zu erwecken, als gehörten Sachen, an welchen das Privatrecht in solcher Weise scheitert, noch in den Bereich dieser Ordnungen. Im Interesse des öffentlichen Vertrauens, welches das Grundbuch geniessen soll, muss streng darauf gesehen werden, dass öffentliche Sachen kein Blatt erhalten und für Grundstücke, die zu öffentlichen Sachen gemacht werden, alsbald die Ausbuchung erfolgt. Nur wenn man sich auf den Standpunkt stellt, dass auch öffentliche Sachen schlechthin dem Civilrecht unterworfen seien, darf man sie eintragen lassen. Dann wird man aber wohl daran denken müssen, eine Form zu finden, wie auch die mancherlei besonderen Besitz- und Gebrauchsrechte, welche an solchen Sachen durch Konzessionen, Verleihungen der Verwaltungsbehörden begründet werden, zur Eintragung kommen. Zu diesem Zweck müssten diese Dinge natürlich in's Civilrechtliche übersetzt werden; vielleicht wäre es nöthig, auch das „subjektlose Recht“ des Gemeingebrauchs so zu behandeln, wenn es gesichert sein soll. Es verlohnte wohl der Mühe, alle diese Folgerungen einmal fertig zu denken.

doch jetzt erfolgen, und zwar in einheitlichem Sinne schon um des einheitlichen Grundbuchrechts willen. Das ist gerade das besondere Verdienst des neuen Reichscivilrechts, dass es uns dazu zwingt, auch auf den angrenzenden Gebieten des öffentlichen Rechts einmal Ordnung und Klarheit zu schaffen. —

II. Wenn es demnach auch künftighin nach deutschem Rechte noch öffentliche Sachen geben soll, so ist die zweite Frage: wie ist ihr Kreis im Einzelnen abzugrenzen? und gehören insbesondere die Eisenbahnen dazu?

Dass wir hier nicht einfach mit den Gesetzestexten auskommen, ist von vornherein klar. Die Aufzählungen, welche manche Gesetzbücher versuchen, bedeuten besten Falles nur Beispiele[28].

Die Theorie hat sich lange bemüht, den usus publicus als a priori massgebendes Merkmal durchzusetzen; sie scheut sich nicht, zu diesem Zweck entweder das Wesen des usus publicus zu entstellen oder Sachen auszuschliessen, die zweifellos öffentliche Sachen sind. Das ist Scholastik. Mit unserer heutigen Art, Rechtswissenschaft zu treiben, steht es besser im Einklang, dass man beobachtet, was in der Wirklichkeit nach den Regeln behandelt wird, die sich aus dem Rechtsbegriff einer öffentlichen Sache ergeben, und danach dessen Geltungsbereich zu bestimmen sucht. Allein wie die Sache liegt, befinden wir uns jetzt gerade in einer Uebergangszeit, der Sinn für öffentliches Recht und seine festen Begriffe will sich erst durchringen. Man wird also

---

[28] Ducrocq in seiner berühmten Abhandlung: Des édifices publics hat für das französische Recht den Versuch unternommen, die Zugehörigkeit zum domaine public streng abhängig zu machen von einer gesetzlichen Bestimmung, die dafür aufgewiesen werden könnte, „un texte spécial“ soll gefordert werden. M. Lamache in Revue critique Bd. XXVII S. 13ff. weist die Schwächen dieses Systems überzeugend nach. Die Entgegnung Ducrocq's ebenda S. 308ff. vermag den Vorwurf nicht zu beseitigen, dass seine „Texte“ nur dann genügen, um das, was er in der Wirklichkeit als domaine public findet, zu begründen, wenn er sie gewaltsam aufbauscht.

das Beobachtungsmaterial sichten müssen und obrigkeitliche Aussprüche, wissenschaftliche Aufstellungen, die in das Gesammtbild nicht passen, ausscheiden als einer rückständigen Auffassungsweise angehörig. Wer aber anders will, wird dergleichen lieber als Beleg dafür in Anspruch nehmen, dass der Fall unter den vorausgesetzten Begriff der öffentlichen Sache nicht passt. Es fehlt daher dieser Methode die überzeugende Kraft[29].

Unter diesen Umständen wird es gestattet sein, dass wir unseren Maassstab auch einmal zu holen suchen aus dem, was hinter allen Rechtseinrichtungen steht: sie sollen doch den Menschen dienen in bestimmter Weise und dieser Absicht angemessen d. h. vernünftig sein. Sie werden also vernünftiger Weise nur so weit und ganz so weit gelten, als hiernach angemessen erscheint. Auch das Rechtsinstitut der öffentlichen Sache, wie wir es oben genauer bestimmt haben, muss sich gefallen lassen, unter diesem Gesichtspunkt betrachtet zu werden. Dass wir damit in den Bann der alten naturrechtlichen Anschauungen gerathen, wäre eine sehr überflüssige Besorgniss.

Wir fragen also: was hat es für einen vernünftigen Sinn, Sachen des Staates und ihm gleichstehender öffentlicher Rechtssubjekte dem Civilrechtsverkehr zu entziehen und sie dem öffentlichen d. h. Verwaltungsrechte zuzuweisen? Die Antwort führt von selbst zu einer gewissen Abgrenzung dieser Sachen. Denn die Frage bedeutet zugleich: welche Voraussetzungen müssen bei einer Sache gegeben sein, damit es einen vernünftigen Sinn hat, sie so zu behandeln?

Es ist klar, dass es hier ganz und gar auf den besonderen Zweck ankommen wird, dem die Sache zu dienen bestimmt ist. Der Ausschluss des Civilrechts ist von vornherein darauf gemünzt.

---

[29] Damit bekenne ich die Schwäche der im deutsch. Verwaltungsrecht Bd. II S. 76 ff. vorgetragenen Lehre. Nach allen Entgegnungen scheint es mir aber immer noch, dass man nur die Wahl hat zwischen ihr und gänzlicher Zerfahrenheit.

Dem Civilrecht sind die Sachen ebenso formal gleich wie die Rechtssubjekte; es nimmt keine Rücksicht auf ihren Zweck. So gut es im Geiste des Oberlandesgerichts Kolmar eine internationale Eisenbahnlinie durch Verurtheilung zur Herausgabe eines ehemaligen Krautackers zerreissen liesse, würde es auch dem Nachbar eines Festungswerkes den Anspruch auf einen Nothweg über dieses einräumen oder es mit einer unantastbaren servitus altius non tollendi belasten. Das Recht der öffentlichen Sache bedeutet dem gegenüber gerade die unbedingte Wahrung des Zweckes gegenüber allen möglichen Beeinträchtigungen im Wege Rechtens und die ausschliessliche Zulassung nur solcher Rechte daran, die nach dem Ermessen der zur Hütung dieses Zweckes bestimmten Behörde mit demselben vereinbar und die überdies an die Bedingung gebunden sind, dass sie das auch dauernd bleiben.

Der Sache wird damit eine rechtliche Ausnahmestellung eingeräumt. Denn von Natur sind alle Sachen bestimmt, dem Civilrecht zugänglich zu bleiben. Damit der Zweck diesen Kraftaufwand rechtfertigt, muss er an sich selber wichtig genug sein und zugleich empfindlich genug gegen die Störung, die dadurch fern gehalten werden soll, abhängig also von dem unentziehbaren Bestand der Sache, die ihm dient.

Darauf sind die verschiedenen Arten von Zwecken zu prüfen, zu welchen die Sache dem Staate dienen kann[30].

Unzureichend ist von vornherein der Finanzzweck. Die Sache, die für den Staat nur mit ihrem Vermögenswerth und als Erzeugungsmittel von Vermögenswerthen in Betracht kommt, muss sich mit dem Schutze begnügen, den solche Werthe durch das Civilrecht erhalten. Ihr Bestand im Einzelnen ist nicht wichtig genug, um ihre ganze Rechtsordnung auf die Erhaltung

---

[30] Nur um unbewegliche Sachen handelt es sich: vilis mobilium possessio. Warum es auf Fahrniss nicht ankommen kann, ergiebt sich im Weiteren von selbst.

desselben zuzuspitzen. Strenge Bestimmungen über die Zuständigkeit zu Veräusserungen und Belastungen sind naturgemäss. Ausschluss der Zwangsvollstreckung ergiebt sich aus der allgemeinen Stellung des Eigenthümers, ebenso möglicher Weise Freiheit von Gemeindelasten für Sachen des Staates, Freiheit von Staatslasten für Sachen der Gemeinde. Auch Bevorzugung in Ansehung gewisser civilrechtlicher Vorschriften mag hinzutreten, wie z. B. früher die längere Ersitzungszeit, oder jetzt die Befreiung vom Grundbuch. Das Alles macht noch keine öffentliche Sache.

Die Frage beginnt erst beim sog. Verwaltungsvermögen. Die Sache kann dazu bestimmt sein, dem Staate bei Verwirklichung seiner Aufgaben zu dienen, öffentliche Zwecke, öffentliche Interessen in diesem besonderen Sinne sollen mit ihr verfolgt werden. Diese Zwecke sind nicht alle gleichwerthig, und die Bedeutung der Sache für den Zweck ist nicht überall die gleiche. Man kann daher nicht von vornherein sagen, überall, wo eine Sache einem öffentlichen Zweck dient, muss sie dem Civilrecht entzogen sein; sonst wäre allerdings Zugehörigkeit zum Verwaltungsvermögen gleichbedeutend mit öffentlicher Sache, und die hätten recht, die sich nicht die Mühe geben, die letztere noch einmal auszuscheiden. Wenn wir es für unsere Aufgabe halten, das Rechtsinstitut der öffentlichen Sache durch die Nothwendigkeiten des Zweckes vernünftig erscheinen zu lassen, sind wir gezwungen, genauer zuzusehen. Wir haben den Begriff der öffentlichen Anstalt als einer Vereinigung von sächlichen und persönlichen Mitteln zu einem bestimmten staatlichen Zweck. Dabei überwiegen an Bedeutung für die Anstalt bald diese, bald jene. Ist das erstere der Fall, liegt der Schwerpunkt der Leistungen für den Zweck in den persönlichen Mitteln, dann tritt die Sache in den Hintergrund, und es wird nicht angebracht sein, sie durch eine besondere rechtliche Ordnung für den Zweck zu erhalten. In dieser Lage befinden sich vor Allem Gebäude,

welche öffentlichen Anstalten dienen. Auf diese öffentlichen Gebäude hat sich die Frage geradezu zugespitzt: Gerichtsgebäude, Schulhäuser, Kasernen, Postgebäude u. s. w. Aber auch unbebautes Gelände kann in dem gleichen Verhältniss stehen: Militärschiessplätze, Turnplätze, Feuerwehrübungsplätze u. s. w. Ueberall ist die Sache nur der Schauplatz, auf welchem die Anstalt sich bewegt. Der öffentliche Zweck, auf den es ankommt, wird durch persönliche Thätigkeit erreicht, und die Sache dient ihrerseits erst dieser und dadurch mittelbar dem Zweck. Zur guten Ordnung gehört es, dass die Anstalt nicht gestört werde. Sie wehrt sich mit den ihr eigenen Machtmitteln: das Gericht durch die Sitzungspolizei, das Militär auf seine Weise, jede Behörde durch Geltendmachung ihres Hausrechtes. Aber die Anstalt hängt nicht ab von der Sache, hängt nicht an ihr. Sie kann sich behelfen, auch wenn diese weniger brauchbar wird, kann zur Noth auswandern. Der Schutz, der jedem Besitz zu Theil wird, der Schutz, den das Civilrecht giebt, genügt auch hier[31].

Dem gegenüber sehen wir diejenigen öffentlichen Anstalten, bei welchen umgekehrt der Schwerpunkt in der Sache liegt, der Zweck unmittelbar durch diese erreicht wird. Hier wird dann der öffentliche Zweck selbst empfindlich in der Sache, hängt an ihrem Bestand. Das klassische Beispiel bilden die öffentlichen Verkehrswege: Strassen, Plätze, Brücken, Schifffahrtskanäle; die schiffbaren Flüsse als natürliche „Wasserstrassen“

---

[31] Dass in der Behandlung der öffentlichen Gebäude ein Gegensatz zu Tage tritt zwischen deutscher und französischer Auffassung, hat Hatschek S. 38 richtig bemerkt. Aber der Gegensatz liegt nicht darin, dass die Franzosen den Begriff des domaine public haben und wir nicht, sondern darin, dass sie diesem Begriff ein breiteres Anwendungsgebiet einzuräumen geneigt sind als wir. — Die Frage ist übrigens bei den Franzosen noch immer nicht ausser Streit (Hauriou, Droit adm. 1893 S. 496); ebensowenig bei den Italienern. Viel Material über beide Litteraturen zu diesem Punkt bei Ranoletti, Concetto, natura e limiti del domanio publico Bd. I S. 15ff.

werden gleichzustellen sein. Festungswerke sind wohl auch ausser Zweifel. Was noch weiter hinzuzufügen wäre, wollen wir sehen. Der besondere Schutz durch die für den Zweck sich einsetzende öffentliche Gewalt, den im ersten Falle die der Sache sich bedienende öffentliche Anstalt geniesst, wird hier zu einem Schutz des unmittelbaren Bestandes der Sache selbst, in der die öffentliche Anstalt sich verkörpert. Es gehört zur guten Ordnung des Gemeinwesens, dass ihre Brauchbarkeit für den Zweck nicht gestört werde, durch thatsächliche Einwirkungen, welche die Einzelnen darauf üben möchten. Die Abwehr solcher Störungen fällt daher unter die allgemeinen gesetzlichen Aufgaben der Polizei. Das Rechtsinstitut der Polizei der öffentlichen Sache ergiebt sich hier von selbst. Die Polizei der öffentlichen Sache markirt den Gegensatz der hierher gehörigen Gruppe zu der vorhin betrachteten: es giebt eine Wege-, Kanal-, Strom-, Festungs-Polizei, aber keine eigene Polizei für das Gerichts- oder Schulgebäude, zum Schutz des Turn- oder Exerzierplatzes als solchen. Wenn sich aber in solcher Weise an diesen Sachen die besondere Empfindlichkeit des öffentlichen Zweckes kundthut, so ist es nur folgerichtig, dass im Namen dieses Zweckes und um der guten Ordnung willen auch der viel ausgiebigeren Störung entgegen getreten wird, welche die rücksichtslose Entstehung und Geltendmachung von Privatrechten hier bereiten könnten. Die Form dafür giebt eben das öffentliche Sachenrecht. Dieses bedeutet ja nichts Anderes als eine staatliche Beherrschung der Sache für ihren Zweck mit Ausschluss des für diesen Zweck gleichgültigen Civilrechts. Soweit also die Polizei der öffentlichen Sache reicht, ist auch das öffentliche Sachenrecht das Vernunftgemässe, das Geforderte.

Der bestehende Rechtszustand ermöglicht es, diese Forderung unmittelbar zu verwirklichen. Denn für die Frage, ob der Staat in seinen einzelnen Lebensäusserungen nach öffentlichem oder nach Civilrecht zu beurtheilen ist, haben wir keinen anderen

Massstab als den, dass wir prüfen, ob der Staat darin sich giebt wie ein gewöhnlicher Privatmann oder nicht. Wenn er nun hier um der guten Ordnung willen seine Herrschaft über die Sache wahrt, damit diese dem öffentlichen Zweck zur Verfügung stehe, so thut er darin nicht wie ein Privater; seine Herrschaft ist demnach nach öffentlichem Recht zu beurtheilen, sein Eigenthum, seine Grunddienstbarkeit, sein Besitz sind öffentlichrechtlicher Art. Die juristische Formel, heisst das, trifft im Ergebniss zusammen mit dem, was, von der anderen Seite her betrachtet, als ein Gebot der praktischen Vernunft und der Zweckmässigkeit erschien.

Auf diese Weise haben wir aber auch schon genauer umschrieben, was wir vorhin als Voraussetzung hinstellten, damit der Zweck der Sache den Kraftaufwand der Ausserverkehrsetzung rechtfertige: er müsse wichtig und empfindlich genug sein, sagten wir. Der Zusammenhang mit der Polizei der öffentlichen Sache hat uns gezeigt, wie streng es damit zu nehmen ist: die gute Ordnung des Gemeinwesens muss dabei in Frage stehen. Die Maassregel ist ernst und schwerwiegend, als Grund ist es entsprechend; so allein reicht er aus.

Der Umstand allein, dass bei der staatlichen Einrichtung der Schwerpunkt in dem liegt, was die Sache leistet, macht es noch nicht. Mit dem vorhin aufgestellten Gegensatz zwischen Anstalten, in welchen das persönliche, und Anstalten, in welchen das sächliche Element überwiegt, ist die Frage noch nicht erledigt. Es giebt eine Menge öffentlicher Unternehmungen, in welchen der Zweck sich wesentlich durch die geeignet hergerichtete benutzbare Sache erreicht und in ihr sich verkörpert: Museen, Markthallen, Parkanlagen, Volksbäder, Waschanstalten, Bedürfnissanstalten, Wärmestuben u. s. w. Oeffentliche Sachen werden hier überall nicht daraus. Warum nicht? Es fehlt die Wucht des öffentlichen Interesses an dem unversehrten Bestande gerade dieser bestimmten Sache. Wenn ein Privatrecht den ferneren Dienst der Einrichtung für den öffentlichen Zweck un-

möglich macht, so mag dieser auswandern, geradeso wie bei den Anstalten mit überwiegendem persönlichen Element. Es ist nur eine Finanzfrage. Ganz anders der öffentliche Weg, das Festungswerk. Hier ist jedes Stück wesentlich. Um seinen Zweck zu erfüllen, muss der Weg diese Linie einhalten, hier laufen, er kann kein Stück entbehren. Ebenso das Festungswerk. Unter Umständen wäre es ja denkbar, dass man durch die erzwungene Verlegung des Weges, Andersgestaltung des Festungswerkes einen Ersatz, vielleicht sogar eine Verbesserung finden würde. Die Rechtsordnung kann mit solchen zufälligen Möglichkeiten nicht rechnen; was ordentlicher Weise der Fall ist, kommt allein in Betracht. Danach können Weg und Festungswerke nicht ausweichen. Sie können sich ändern nur nach Maassgabe ihres eigenen Zweckes, wie das öffentliche Sachenrecht dies gewährleistet, nicht nach Bestimmung des blinden Civilrechts. Das Gleiche wird z. B. gelten müssen für Dohlen, Abzugskanäle, die ihre bestimmte Richtung haben müssen und so wenig ausweichen können, wie der Weg, auch wo sie sich etwa von diesem trennen. Kirchhöfe. Kirchengebäude entnehmen die gleiche Gebundenheit einem anderen Ideengang, den wir hier nicht weiter verfolgen wollen.

In dieser letzteren Gruppe von Einrichtungen ist also Grund da für einen gewissen Eigensinn des Zweckes in Festhaltung der Sache. Aber die Hauptsache ist, dass bei diesen Einrichtungen der letzteren Art der Zweck zugleich so ernst ist, dass seine unbedingte Aufrechterhaltung zur guten Ordnung des Gemeinwesens gehört. Auch wenn sie nicht ausweichen und Ersatz finden könnten, würden Museen, Markthallen, Parkanlagen u. s. w. sich dem Privatrecht, das sich gegen sie geltend macht, fügen müssen. Sie sind Luxuseinrichtungen, ohne die das Gemeinwesen am Ende bestehen kann: ohne Wege, Festungswerke, Dohlen. Kirchhöfe nicht; darum gehört nur deren Erhaltung zur guten Ordnung. Wir können uns noch andere Fälle denken, wo wirklich das öffentliche Interesse, das die Sache befriedigen soll, an

diesem bestimmten Platz, diesem bestimmten Gebäude hängt, wo also wirklich das vorliegt, was wir beim Wege als ein Nichtausweichenkönnen des öffentlichen Zweckes bezeichneten. Die Stadt besitzt z. B. eine Burgruine, einen prächtigen Aussichtspunkt, wie in der Umgegend gar nichts wieder zu finden ist; sie hat das Alles zum Wohlgefallen ihrer Bürger herrichten lassen, die fleissig dorthin lustwandeln. Die Einrichtung gehört nicht zum Finanzvermögen, sie dient einem öffentlichen Zweck; wird sie durch civilrechtliche Ansprüche unbenutzbar gemacht, so giebt es keinen Ersatz. Sollen wir das Civilrecht hier ausschliessen dürfen? Gewiss nicht; der öffentliche Zweck ist hier nicht stark, nicht ernsthaft genug; allgemein benutzbare Aussichtsruinen sind nicht wesentlich für die gute Ordnung des Gemeinwesens[32].

Ganz das Gleiche muss aber grundsätzlich auch gelten von einer hochwichtigen Klasse von Gebäuden und Vorrichtungen, denen gegenüber die Entscheidung uns härter fallen möchte. Statt der erdichteten Ruine von soeben müssen wir einmal die ehrwürdigen Zeugen der Vergangenheit setzen, die uns hie und da erhalten sind: Heidenmauern, Römerbäder, uralte Stadtthürme. Oder gehen wir noch weiter: die eigentlichen Denkmäler der Kunst aus alter und neuer Zeit, wie sie an unseren Strassen, in unseren öffentlichen Anlagen stehen: Standbilder, Siegessäulen, die Germania auf dem Niederwald mit allem Zubehör, die Walhalla bei Regensburg, die vielerlei schönen Dinge dieser Art in München

---

[32] Einen solchen „Schlossberg“ behandelt Reichsgericht 6. Okt. 1885 (Samml. Bd. XIV S. 214). Man hat Anstoss daran genommen, dass die Ruine selbst und die Anlagen nicht als öffentliche Sachen gelten sollen, wohl aber die dahin führenden Wege. Das Bedenken wäre gerechtfertigt, wenn diese Wege ausschliesslich dazu dienten, nach der Ruine zu kommen. Sobald ihre Bestimmung nicht so beschränkt ist, so dass man also schlechthin darauf verkehren, daran bauen kann als an einem öffentlichen Wege, muss das strengere Recht Platz greifen, das für den letzteren gilt. Innerhalb des Begriffes „öffentlicher Weg“ können wir nicht noch einmal einen Unterschied machen nach der Wichtigkeit.

und anderen Hauptstädten. Alle diese Sachen dienen einem idealen öffentlichen Zweck und sind für diesen kaum oder gar nicht ersetzbar. Soll ein vergessener Eigenthümer die Herausgabe nach § 997 Abs. 2 B. G.-B. erzwingen können? Man könnte geneigt sein, auch sie wenigstens noch unter den Schutz des öffentlichen Sachenrechts zu stellen. Aber gesellschaftliche Nothwendigkeiten, Lebensinteressen der Volksgemeinschaft sind hier nicht in Frage. Wissenschaftliche und ästhetische Interessen, wie hoch man sie schätzen mag, stehen dem nicht gleich. Das allein ist der Grund, weshalb hier die öffentliche Sache verneint werden muss[33]! —

Der Kreis der öffentlichen Sachen muss hiernach sehr enge gezogen werden. Das hängt aber ganz naturgemäss zusammen mit unserer strengeren Auffassung von der rechtlichen Bedeutung dieses Begriffes. Je einschneidender die Schutzvorrichtung ist, welche hier zu Gunsten der Sache in Wirkung tritt, desto sparsamer wird die Rechtsordnung vernünftiger Weise damit umgehen[34].

---

[33] Bei den Franzosen wollte man auch schon derartige Dinge in den Bereich des domaine public ziehen, also den arc de triumphe, das palais de la Légion d'honneur u. s. w. (Gaudry, Tr. de domaine n. 267). Man nennt das: „domaine public monumental".

[34] Das Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs musste es den Landesgesetzgebungen nahe legen, diesen ihnen überlassenen Gegenstand zu regeln und zu bestimmen, was zu den öffentlichen Sachen gehört. Dass sie das meist nicht gethan haben, ist immer noch besser, als wenn sie versucht hätten, irgend eine der grassirenden Unklarheiten zu kodifiziren, wie wir sie mehrfach erwähnen mussten. Auf alle Fälle war es rathsam, vor einer allzu grosser Ausdehnung des Kreises sich zu hüten. Das Elsass-Lothringische Ausführungsgesetz scheint mir das Richtige getroffen zu haben, wenn es in seinem § 44 bestimmt: „An Sachen, die zum öffentlichen Gute gehören, können Rechte nicht erworben werden. Zum öffentlichen Gute gehören insbesondere die öffentlichen Wege, Strassen und Plätze, die Schienenwege der Eisenbahnen, die Schifffahrtskanäle, die Häfen, die schiff- oder flössbaren Wasserläufe, die dem öffentlichen Gottesdienste einer gesetzlich anerkannten Religionsgesellschaft gewidmeten Gebäude, sowie die Thore, Mauern, Gräben

Die Sachen, die wir ausschliessen und dem breiten Begriff des Verwaltungsvermögens zuweisen, sind dadurch keineswegs für schutzlos erklärt. Der Schutz des gemeinen Civilrechts versteht sich für sie von selbst, ebenso die etwaigen civilrechtlichen Bevorzugungen, welche auch schon dem Finanzvermögen zu Theil werden. Ueberdies wird der Umstand, dass sie einem öffentlichen Zweck zu dienen bestimmt sind, in mehrfacher Weise auch öffentlichrechtliche Ordnungen zur Anwendung gelangen lassen, um diese Sachen bei Bestand und Brauchbarkeit zu erhalten. Sie nähern sich damit einigermassen den öffentlichen Sachen, ohne dass man deshalb Alles in einem lediglich quantitativen Unterschied sich verflachen lassen dürfte.

Für Sachen z. B., welche der Thätigkeit der Beamten, Angestellten und Diener des Staates bei Verfolgung eines öffentlichen Zweckes zu dienen bestimmt sind, wie Dienstgebäude der ver-

---

und Wälle der Festungen." Das „insbesondere" des zweiten Satzes ist sehr zu billigen. Der erste Satz ist streng genommen zu weit: es können allerdings Rechte an solchen Sachen erworben werden, das Rechtsinstitut der Verleihung schafft solche. Das Gesetz meint eben nur Rechte nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Der Satz ist andererseits auch zu eng: etwa vorher begründete civilrechtliche Rechte können an der zum „öffentlichen Gut" gewordenen Sache auch nicht mehr mit Erfolg geltend gemacht werden; das ist allerdings mehr Sache der Civilprozessordnung. — Zu erwägen wäre die Frage, inwieweit die Landesgesetzgebung bei der Bestimmung öffentlicher Sachen freies Spiel hat. Sie kann nicht machen, was sie will und irgend welche Sachen des Staates nach Belieben der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuchs entziehen. Der Gedanke, der dem § 4 E.-G. z. C.-P.-O. zu Grunde liegt und das Reichsrecht gegen willkürliche partikularrechtliche Verstümmelung schützt, würde auch ohne ausdrücklichen Vorbehalt zur Geltung kommen. Nur was öffentlichrechtlich ist, darf das Landesrecht so behandeln; die Grenzen bestimmt es selbst, aber immer in dem Maasse, dass das noch in Einklang zu bringen ist mit dem, was nach allgemeiner Rechtsanschauung so aufgefasst werden kann. Sonst ist auch hier wieder der „Fiskus" in Frage, und seine willkürliche Sonderstellung würde reichsrechtlich ungültig sein. Eine gemeine deutsche Rechtsidee von dem, was eine „öffentliche Sache" sein kann, ist also vorausgesetzt. Ein Grund mehr, dass wir uns bemühen, das deutsche Verwaltungsrecht fertig zu machen.

schiedenen Behörden, Kasernen, Uebungsplätze, wahrt diese öffentliche Anstalt ihr Hausrecht, indem sie ungehörige Störungen, die zugleich sie selbst in ihrer Thätigkeit zu treffen geeignet sind, mit obrigkeitlicher Selbsthülfe abweist.

Bei Sachen, deren Zweck dadurch erfüllt wird, dass die Einzelnen zugelassen werden, um dort dem Anstaltszwecke gemäss zu verweilen, giebt die Anstaltsordnung für diese Besucher zugleich gewisse Regeln und stellt sie nöthigen Falles unter Aufsicht und Zwang, so dass dadurch auch für die Bestimmung der Sache eine gewisse Sicherheit geschaffen wird. Schulen, Spitäler, Museen, Volksbäder, öffentliche Parkanlagen geben Beispiele.

Für Sachen, welche dem öffentlichen Zweck unmittelbar dienen, ohne Rücksicht darauf, ob sie zugleich öffentliche Sachen im eigentlichen Sinne sind, wie namentlich Denkmäler, Kunstgegenstände, ist durch § 304 St.-G.-B. ein besonderer strafrechtlicher Schutz gegen vorsätzliche Beschädigung vorgesehen. Die administrative Polizei knüpft hieran an, um vermöge ihres allgemeinen Berufes, Strafthaten zu verhindern, zu Gunsten dieser Sachen thätig zu werden.

Wenn bei den öffentlichen Sachen die Polizeigewalt um der öffentlichen Ordnung willen, zu der sie gehören, sich viel umfassender äussert, so ist das am Ende auch noch eine blosse Steigerung zu nennen. Die Verkehrsentziehung und das öffentliche Sachenrecht aber, die auf dem gleichen Grunde beruhen, sind jedenfalls etwas Besonderes, Eigenartiges. Von einem lediglich quantitativen Unterschied kann man da nur sprechen, wenn man das ganze öffentliche Recht als eine formlose Masse sieht. —

Und nun, wie steht es mit der Eisenbahn? Ist sie eine öffentliche Sache? Wenn ja, wie weit ist sie das? Unter dem Namen Eisenbahn sind ja gar mancherlei Dinge zusammengefasst, die unmöglich alle der gleichen rechtlichen Beurtheilung unterliegen. Wir haben den Maassstab in Händen, um auch diese inneren Grenzlinien zu ziehen.

Als die Eisenbahnen bei uns aufkamen, war die allgemeine Auffassung keinen Augenblick schwankend, als was man sie ihrer allgemeinen rechtlichen Natur nach zu betrachten hatte: es war eine neue Art von öffentlichem Verkehrsweg, der zu den bisherigen einfacheren Arten hinzutrat. Die rechtlichen Folgerungen daraus wurden sofort gezogen. Man verlangte für die Eisenbahn „die Rechte und den Schutz der Staatsstrassen". Man dehnte ohne Weiteres das Wegeregal darauf aus, woraus sich die Nothwendigkeit einer Konzession und die Möglichkeit eines Privilegiums ergab[35].

Erleichtert wurde diese Auffassung anfangs durch die von England herübergekommene Idee, dass der von einem Unternehmer hergerichtete Schienenweg gegen einen gewissen Entgelt von Jedermann sollte benützt werden können, um mit seinen eigenen Maschinen Transporte darauf zu veranstalten. Das ist alsbald als unthunlich verschwunden. Die Eisenbahn ist nichtsdestoweniger ein öffentlicher Weg geblieben[36]. Freilich ein öffentlicher Weg, der nur benutzt werden kann in den vom Unternehmer gestellten Transportmitteln und sonst unzugänglich bleibt. Wo das Gesetz von öffentlichen Wegen spricht, hat es häufig gerade ihre Eigenschaft der freien Zugänglichkeit im Auge; da ist dann die Eisenbahn nicht mit gemeint[37]. Die oft ver-

---

[35] Darüber: Deutsches Verwaltungsrecht Bd. II S. 300 N. 1; S. 302 N. 12. Das französische Gesetz vom 15. Juli 1845 Art. 1 erklärte ohne Weiteres die Regeln der grande voirie für anwendbar auf die Eisenbahnen.

[36] Preuss. Eisenbahngesetz vom 3. Nov. 1838 S. 27 bestimmt noch die Pflicht des Unternehmers, auch „Andere" zum Transportbetriebe zuzulassen gegen Entrichtung des „Bahngeldes" (welches einem Chausseegeld entsprechen soll). Ueber diese Versuche Fischer in Holtzendorff's Jahrb. Bd. IV S. 435. Die dort erwähnte gutachtliche Aeusserung der Spezial-Untersuchungskommission des Preuss. Abgeordnetenhauses bleibt aber dabei: „Die Eisenbahnen sind öffentliche Transportanstalten und stehen in ihrem Wesen und Zwecke den Landstrassen gleich" (Drucks. 1873/74, Anl. Bd. I S. 24 ff.).

[37] Oberverwaltungsgericht 20. April 1896 (Eisenbahnarchiv S. 1180): Eisenbahnen sind keine Wege im Sinne des Jagdpolizeigesetzes (insofern sie

tretene Lehre, dass das Wesen der öffentlichen Sache im Gemeingebranch liege, muss die Eisenbahnen den gewöhnlichen Regeln des Civilrechts unterstellen[38]. Da würde dann der Schulpfad der Dorfjugend durch die schützenden Formen des öffentlichen Rechts bei seinem Zweck erhalten und die grosse Völkerstrasse nicht. Wäre jene Lehre nicht schon ohnedies als unhaltbar erwiesen, so müsste sie an diesem Widersinn zerschellen.

Die Eisenbahn ist eine öffentliche Anstalt des Staates oder eines anderen Rechtssubjektes der öffentlichen Verwaltung, das kraft Selbstverwaltungsrechts oder Verleihung an seine Stelle tritt.

Sie ist eine Anstalt mit vorwiegendem sächlichen Element und äusserst empfindlich für Störungen daran.

Sie ist noch weniger als die gewöhnlichen Wege in der annehmbaren Möglichkeit, dem störenden Civilrecht einfach auszuweichen, gebunden, wie sie ist an die Durchführung ihrer festen geraden Linien.

Sie ist noch mehr als die gewöhnlichen Wege eine Sache, deren Erhaltung bei ihrem Bestand und ihrer Brauchbarkeit zur guten Ordnung des Gemeinwesens gehört. Als vollwichtiges Zeugniss dafür erscheint hier wieder die Polizei der öffentlichen Sache, die Bahnpolizei.

---

zum Unterschied von gewöhnlichen Wegen den Zusammenhang des Besitzes allerdings unterbrechen). Kammergericht 23. Dez. 1894 (Jahrb. Bd. XVI S. 381): bei den Eisenbahnen ist der Verkehr den wesentlichsten Beschränkungen unterworfen, so dass, wenn nicht ganz besonders hervorgehoben ist, dass unter Strassen auch die Eisenbahn verstanden werden soll, die dahin gehende Auslegung ausgeschlossen ist.

[38] Die Eisenbahn des Privatunternehmers ist nach Wappaeus, Dem Rechtsverkehr entzogene Sachen S. 115: res publica extra com. wegen des usus publicus; nach Randa, Besitz S. 311: res privata, weil kein usus publicus stattfindet; nach Unger, Oesterr. Privatrecht Bd. I S. 365 N. 13: res privata publico usui destinata.

Die Eigenschaft der Eisenbahn als öffentlichen Sache sollte demnach nicht im Zweifel sein[39].

Streiten kann man nur über die Frage: wie weit erstreckt sich diese Eigenschaft auf alle die verschiedenen Arten von Grundstücken und Gebäuden, die zur Eisenbahn gehören? Diese Frage entsteht ja wohl auch bei anderen öffentlichen Sachen. Gehört der Strassengraben zur Strasse? und die Ueberbrückung desselben, die den Zugang zum Acker bildet? und das Wegewärterhaus? Beim Schifffahrtskanal kann die Mannigfaltigkeit der zugehörigen Sachen noch verwickelter werden. Wir werden für die Eisenbahn die Grenzlinien zu ziehen suchen, und zwar soll das kurz geschehen, da wir bloss schon ausgesprochene Sätze anwenden.

---

[39] Wichtiger als alle grundsätzlichen Anerkennungen der Eigenschaft der Eisenbahn als einer öffentlichen Sache — oft hat man sich ja wirklich doch nichts Sicheres dabei gedacht — sind uns die Zeugnisse, die dadurch abgelegt werden, dass man die bestimmten juristisch werthvollen Folgerungen zieht und durchführt, die aus jener Eigenschaft sich ergeben müssen. Jäger, Lehre von den Eisenbahnen S. 29, sucht sie zusammenzustellen: Das Eigenthum an Grund und Boden ist „als Substrat einer res publica staatsrechtlich modifizirt"; daher Unveräusserlichkeit, Unverpfändlichkeit, Unzulässigkeit sonstiger dinglicher Rechte, soweit dadurch „das Wesen oder die Bestimmung der öffentlichen Strasse alterirt würde". Im Einzelnen bezeugt Reichsgericht 4. Okt. 1881 (Samml. V S. 333) die Unzulässigkeit der Rückforderung durch Auflösung des Abtretungsvertrags, weil Eisenbahn extra com. Aehnlich Reichgericht 5. Dez. 1881 (Eger, Eisenbahnrechtliche Entsch. Bd. II S. 162); Komp.-Konfl.-Hof 4. Febr. 1854; vgl. auch oben N. 2. — Oberlandesgericht Braunschweig 21. Okt. 1892 (Eger, Eisenbahnrechtliche Entsch. Bd. XI S. 6): Unzulässigkeit der Ersitzung eines Weges den Bahndamm entlang. — Bessel & Kühlwetter, Eisenbahnrecht Bd. I S. 139: Die Adjazenten haben keinen Rechtsweg wegen Herstellung oder Beseitigung einer bestimmten Anlage in natura. — Reichsgericht 2. Dez. 1896 (Eger, Eisenbahnrechtliche Entsch. Bd. XIV S. 34): Eine Observanz kann den Bahnkörper nicht erfassen, sofern sie mit Wesen und Zweck desselben im Widerspruch steht. — Oesterr. Oberst. Gerichtshof 12. Aug. 1868 Roell Samml. S. 105): Der zur Ausführung der Eisenbahn verwendete Grund verliert alle privatrechtlichen Eigenschaften, wie Landstrassen, und kann fernerhin kein Objekt des Grundbuchs mehr sein.

Das Eisenbahnunternehmen, gleichviel ob Staatsbahn oder Privatbahn, verfügt über eine Gesammtheit von Grundstücken, die, wenn man absieht von allen rechtlichen Besonderheiten, schlechthin als **Bahneigenthum** bezeichnet werden. Innerhalb des Bahneigenthums bestehen aber sehr erhebliche Verschiedenheiten seiner einzelnen Theile je nach der Art ihres Zusammenhanges mit dem Zweck des Unternehmens.

1. Den Kern bildet der **Schienenweg**, die dem Unternehmen eigenthümliche öffentliche Strasse[40]. Für ihn gilt die Bahnpolizei, um seinen ordnungsgemässen Gebrauch zu sichern und ihn zu schützen gegen thatsächliche Störungen[41]. Er ist öffentliches Eigenthum. Zum Schienenweg gehört der Boden, auf dem die Geleise ruhen, das Planum. Aber auch, wie bei der Landstrasse, Alles, was diesen Boden schützt und sichert[42]: die Dämme und Böschungen, die Gräben, Durchlässe, Brücken, Tunnels. Auf freier Strecke ist die Abgrenzung der öffentlichen Sache leicht zu finden[43]. In Bahnhöfen erweitert sich der Schienenweg durch Seitengeleise. Er verliert dadurch seine rechtliche Natur nicht, so wenig wie die Strasse, wenn sie in den

[40] Er ist die „Fahrstrasse", die hier geschützt werden soll: GLEIM, Recht der Eisenb. S. 390. Vgl. auch die oben N. 34 angeführte Bestimmung des Els.-Lothr. A.-G. § 44.

[41] Die Bestimmungen der Verkehrsordnung vom 15. Nov. 1892, soweit sie eine „Polizei der Sache", d. h. einen obrigkeitlichen Schutz des Bestandes derselben bezwecken, beziehen sich durchgehends auf ihn.

[42] Bayer. Ob.-Ger.-Hof 24. Nov. 1877 (Bl. f. R.-A. Bd. XLIII S. 20): Strassengräben theilen als Pertinenz der Strasse deren rechtliche Eigenschaft, daher Privatrechte nicht daran begründet werden können; sie dienen „ihrer Bestimmung nach zur Instandhaltung der Strasse". Im Begriff „Bahnkörper" ist solches äusserliche Zubehör des Schienenweges nicht mit enthalten (Oberverwaltungsgericht 13. Mai 1886).

[43] Wir sprechen hier von der Abgrenzung im Allgemeinen. Bei Brücken, Durchlässen, Tunnels kann eine genauere Bestimmung der Grenzlinie sehr schwierig und sehr wichtig werden: die Eisenbahnpolizei giebt dafür einen bedeutsamen Maassstab. Wir werden aber auf diese Fragen späterhin zurückkommen.

breiten öffentlichen Platz mündet. Die Grenze wird vielleicht zweifelhaft, weil hier das Bahneigenthum in mancherlei Gestalt an ihn herantritt und mit ihm im Gemenge liegt. Dem gegenüber ist festzuhalten: nur Schienenweg und was zu seinem Bestande gehört, ist die öffentliche Sache, die hier in Frage kommt. Also nicht Bahnsteig, Laderampe, Lokomotivschuppen, Reparaturwerkstätte; auch wenn sie vom Schienenweg umgeben sind.

Aber auch nicht alles „Geleise, auf dem Züge bewegt werden", ist Schienenweg in unserem Sinn. Denn darunter verstehen wir nur den öffentlichen Schienenweg, d. h. dasjenige Geleise, welches im Dienste des öffentlichen Verkehrs steht. Ein Geleise, welches vom Bahnhof oder von der freien Strecke aus nach einer zum Unternehmen gehörigen Kiesgrube führt, ist kein solcher Schienenweg und gehört nicht zum öffentlichen Eigenthum, so wenig wie der Seitenweg, den die Strassenbauverwaltung von der Landstrasse aus zu solchem Zwecke sich angelegt hat. Ebenso wenig gehören hierher die Anschlussgeleise, welche einer Fabrik, einem Bergwerk bewilligt worden sind; das sind keine öffentlichen Wege, auch wenn der Grund und Boden dem Staate als Eisenbahnunternehmer abgetreten worden ist. Auf dem Bahnhof kann auch in dieser Beziehung die Grenze zweifelhaft werden. Dem öffentlichen Verkehr dient natürlich nicht bloss das Geleise, auf welchem er schliesslich zur Durchführung kommt, sondern auch das, worauf die erforderlichen vorbereitenden Bewegungen gemacht werden. Ausweichegeleise, Rangirgeleise sind ganz zweifellos. Auch der Strang, der zur Laderampe, zum Wasserkrahnen, zum Lokomotiv- und Wagenschuppen führt, ist als Nebenweg der Hauptstrasse erkennbar. Bedenken könnten bestehen wegen solcher Geleise, die zu einer Reparaturwerkstätte oder zu einem Materialienschuppen führen. Lägen diese Gebäude getrennt ausserhalb des Bahnhofbereiches und seines Schienennetzes, so würden wir ihre Zufuhrgeleise, soweit sie da heraustreten, gerade so behandeln müssen, wie die eben erwähnte Kiesgrubenbahn.

Innerhalb des Bahnhofs wäre die Scheidung schwer durchzuführen. Es ist auch gar nicht abzusehen, ob nicht doch dazwischen einmal auch ein solcher Strang den Vorbereitungen des Verkehrs unmittelbar dient; schliesslich ist anzunehmen, dass alles Bahnhofsgeleise mit dazu bestimmt ist. Man wird also hier wohl durchschlagen und alle diese Geleise zum öffentlichen Schienenweg rechnen. Ausgeschlossen sind selbstverständlich die innerhalb der Werkstätten und Schuppen angebrachten Geleise, wenn sie auch als Fortsetzung der von aussen heranführenden erscheinen: das sind überhaupt keine Wege mehr, sondern Aufstellungsvorrichtungen.

Der Bahnhof weist auch noch die Eigenthümlichkeit auf, dass hier der Schienenweg mit seinem Zubehör sich nicht als ausgeprägter Bahnkörper darzustellen pflegt. Auf der breiten, gleichmässig geebneten Fläche laufen die Geleise neben einander her, kreuzen und schneiden sie sich, mehr oder weniger breite Stücke freien oder überbauten Landes in willkürlichen geometrischen Figuren neben sich und zwischen sich lassend. Zum Schienenweg würde man da überall zum mindesten den Streifen noch rechnen müssen, welchen die Bahnpolizei als „lichten Raum" dafür in Anspruch nimmt. Richtiger wird es sein, jene ganze schienendurchzogene und für Schienen bestimmte Fläche als das Planum, den Bahnkörper anzusehen. Sie zeichnet sich von dem anders bestimmten Gelände und den sonstigen Vorrichtungen deutlich genug ab.

Wenn man auf einem Bahnhofplan das so sich ergebende Gebiet der Schienenwege mit Farbe deckt, erhält man ein anschauliches Bild, wie hier das öffentliche Eigenthum durch das privatrechtliche sich hindurchzieht.

2. Das Eisenbahnunternehmen bedarf noch mannigfaltiger sächlicher Mittel, um seinen Zweck zu erfüllen. Der Schienenweg ist nur das erste und wichtigste. Dazu kommen nun noch die Lokomotiven und Wagen, die Vorräthe an Kohlen und sonstigem

Material, die tausend Vorrichtungen, Geräthe und Werkzeuge, die der Betrieb benöthigt; vor Allem aber auch noch die verschiedensten Arten von Grundeigenthum: Gebäude und freies Gelände, als da sind Verwaltungsgebäude, Empfangsgebäude, Lokomotivschuppen, Wagenschuppen, Materialienschuppen, Werkstätten, Dienstwohnungen, Bahnwärterhäuschen, Bahnhofswirthschaften, Bedürfnissanstalten und Bahnsteige, Rampen, Lagerplätze, innere Wege und Plätze und Zufuhrstrassen. Alles das bildet das Verwaltungsvermögen der Eisenbahn. Das ist zunächst ein wirthschaftlicher Begriff ohne rechtliche Eigenart. Das dazu gehörige Grundeigenthum schliesst sich aber thatsächlich in seinem grössten und wichtigsten Theile eng um den Kern des Unternehmens, den Schienenweg, zusammen, und soweit es das thut, bildet es mit diesem ein geschlossenes Ganze, das Bahngebiet[44]. Das Bahngebiet bedeutet den äusseren Herrschaftsbereich der öffentlichen Anstalt, den Boden, auf dem sie sich bewegt und in dessen Umkreis sie ihre Ordnung zu wahren hat. Ihre Beamten und Diener nicht allein, auch das Publikum, das da kommt und geht, um ihre Einrichtungen zu benützen, ist dieser Ordnung unterworfen. Die Gewalt, welche diesen gegenüber geübt wird, bezeichnet man wohl auch als Bahnpolizei. Sie ist aber keine Polizei der öffentlichen Sache, sondern Anstaltsgewalt, von derselben Natur wie die, welche die Post über ihre Gäste in äusseren

[44] Das Oberverwaltungsgericht hat sich mehrfach mit der genaueren Bestimmung dieses Begriffs zu beschäftigen gehabt. Das Bahngebiet umfasst „die ganze Bahn und die dazu gehörigen Anlagen“ (Oberverwaltungsgericht 28. Sept. 1892; Eisenbahnarchiv 1893 S. 140): also Planum, Böschungen, Dämme, Brücken, Gräben, Bahnhöfe, Haltestellen, Stationen. Aber nicht: getrennt liegende Beamten- und Arbeiterwohnungen, Werkstätten. Zufuhrwege nicht, wenn sie „in die offene Feldmark heraustreten“; wohl aber Wegetheile, „welche den Bestandtheil einer unmittelbar dem Eisenbahntransporte dienenden Grundfläche bilden, insbesondere innerhalb des nach aussen klar erkannten abgegrenzten Bahnhofterrains liegen“. Vgl. auch Oberverwaltungsgericht 24. Juni 1897 (Eisenbahnarchiv 1897 S. 1015): „Bahngebiet ist das Gelände, welches unmittelbar den Eisenbahntransportzwecken dient.“

Postlokalen und im Postwagen ausübt, oder der Gerichtsvorsitzende im Sitzungssaale[45].

Die Zugehörigkeit zum Bahngebiet macht die einzelnen Stücke desselben nicht zur öffentlichen Sache. Es ist empfindlich für die öffentliche Anstalt, wenn Bahnwärterhäuschen, Empfangsgebäude, Materialschuppen u. dergl. durch civilrechtliche Ansprüche Dritter ihrem Zweck entgegen oder unbrauchbar dafür gemacht werden; aber ihr Lebensnerv wird dadurch nicht getroffen. Ordentlicher Weise — und danach allein bestimmt sich die Rechtsregel — muss derartiges Zubehör stets als beliebig ersetzbar, wenn nicht ganz entbehrlich angesehen werden. Der Druck des öffentlichen Interesses ist nicht mächtig genug, um die unbedingte Sicherung dieser Sache für den Anstaltszweck durch ihre Stellung unter das öffentliche Recht zu rechtfertigen. Zudem giebt die Behandlung ähnlichen Zubehörs bei anderen öffentlichen Sachen ein nicht wohl abzulehnendes Vorbild. Am Schifffahrtskanal haben wir das Schleusenwärterhaus, an der Landstrasse Wegewärterhäuschen, Geräthesschuppen, Materialienlagerplätze, die alle niemals als öffentliche Sache behandelt wurden. Die grösseren, verwickelteren Verhältnisse, die alles das bei der Eisenbahn annimmt, geben für sich allein noch keinen Grund zu einer abweichenden rechtlichen Auffassung[46].

---

[45] Oberverwaltungsgericht 28. Sept. 1892 (Eisenbahnarchiv 1893 S. 137): „Die Aufrechterhaltung der Ordnung innerhalb des Bahngebiets, d. h. die Bahnpolizei ist Aufgabe des Eisenbahnbetriebsamts u. s. w.“ Vgl. auch Oberverwaltungsgericht 7. März 1899 (Eisenbahnarchiv 1899 S. 1378); Oberlandesgericht München 1. Juni 1886 (Eger, Entsch. Bd. V S. 41).

[46] Die Franzosen geben auch hier wieder dem domaine public einen viel weiteren Umfang, als es unseren Anschauungen entspricht. Aucoc, Dr. adm. n. 1445 ff. zählt zur consistance du chemin de fer zunächst die voie ferrée mit ihrem ganzen Aufbau; dann aber auch als „dépendances nécessaires“ die ganzen Bahnhöfe mit Empfangsgebäude, Bahnsteig, Lokomotiv- und Wagenschuppen, Reparaturwerkstätten, Bahnwärterhäuschen, kurz das ganze Bahngebiet. Alles das ist domaine public mit all den feststehenden

3. Was von Bahneigenthum noch über diesen Kreis hinausgeht, kann für die Frage, öffentliche Sache oder nicht, überhaupt nicht mehr in Betracht kommen. Hierher rechnen wir nicht bloss das ganze Finanzvermögen des Unternehmens, sondern auch das Verwaltungsvermögen, soweit es eben nicht Bahngebiet vorstellt: alle Fahrniss, alle dem Zweck des Bahnunternehmens gewidmeten Grundstücke und Gebäude, welche nicht zu jenem geschlossenen Gebiete gehören, das um den Schienenweg sich legt (z. B. Arbeiterhäuser, Direktionsgebäude, getrennt vom Bahnhof eingerichtet), endlich alle Grundstücke und Gebäude, die einem besonderen, nur äusserlich dem Bahnunternehmen hinzugefügten Unternehmen dienen (Kohlenbergwerke z. B., oder die verschiedenen Hotelunternehmungen der Oesterreichischen Südbahn).

Quer durch diese Masse hindurch zieht für Privateisenbahnunternehmungen die neuere Gesetzgebung noch einmal eine Unterscheidungslinie, indem sie unter dem Namen Bahneinheit Alles zusammenfasst, was bei dem Unternehmen verbleiben soll, um dessen ordentlichen Fortbestand zu sichern. Zu dieser Bahneinheit gehört dann nicht bloss der Schienenweg und das neben ihm sich erstreckende Bahngebiet, sondern überhaupt das ganze Verwaltungsvermögen der Bahn; sogar ausgesprochene Stücke reinen Finanzvermögens werden dazu gezogen, insofern sie dafür angesehen sind, dass ein plötzlich eintretender neuer Unternehmer ohne sie nicht genügend ausgerüstet wäre, um gedeihlich weiter zu arbeiten. Das Rechtsinstitut ermöglicht eine Verpfändung des ganzen Unternehmens und eine Zwangsvollstreckung, bei der es dienstfähig bleibt. Eisenbahnbücher, Bahngrundbücher bieten

---

Folgerungen, die sich für das französische Recht an diesen Begriff knüpfen. Féraud-Giraud, Voies publiques n. 438 bemerkt ausdrücklich, dass auch die Einfriedigung des Bahnhofs domaine public ist: „Une propriété sui generis qui a ses règles spéciales et à laquelle la plupart des règles du droit civil sont inapplicables.“ Insbesondere kann der Nachbar nicht das Gemeinschaftsrecht daran beanspruchen nach c. c. 653ff.

die entsprechenden Hilfseinrichtungen. Damit verbindet sich dann ein Verbot der Loslösung einzelner Stücke der Bahneinheit durch gesonderte Veräusserung, Belastung, Zwangsvollstreckung oder Verfolgung dinglicher Rechte, so lange nicht die Bahnaufsichtsbehörde bescheinigt hat, dass dadurch „die Betriebsfähigkeit des Unternehmens nicht beeinträchtigt werde“[47]. Für die Frage, die uns hier beschäftigt, ist die ganze Einrichtung ohne Belang. Was nach Bestimmung des Gesetzes zur Bahneinheit gerechnet wird, verändert dadurch nicht seine rechtliche Natur, es entsteht dadurch nicht etwa ein neuer Kreis von öffentlichen Sachen. Bei Kassabeständen, Reservefonds, Frachtforderungen wird man das von selbst nicht behaupten, und doch sind diese ebenso gebunden, wie die Betriebsgrundstücke. Fassen wir nur die letzteren in's Auge, so kann gerade der Gegensatz zur wahren öffentlichen Sache besonders lehrreich sein.

Hier bei der Bahneinheit handelt es sich in der That um das, was man so oft irriger Weise für das Wesen der öffentlichen Sache ausgiebt: um eine von aussen hereingreifende Beschränkung des Privateigenthums im öffentlichen Interesse. Alle Rechte an der Sache bleiben civilrechtlicher Natur, alle Verfügung darüber findet statt in Formen des Civilrechts. Es muss nur immer jene besondere Bedingung der Genehmigung erfüllt werden, damit das im Einzelfall sein freies Spiel habe. Auch dies nur, wenn es sich um die besonders vorbehaltenen Rechtsakte handelt. Die öffentliche Sache dagegen steht von vornherein ihrem eigenen Wesen nach im öffentlichen Recht; nur in dessen Formen sind die Rechte gestaltet, die an ihr entstehen, und werden Verfügungen über sie getroffen[48].

---

[47] Preuss. Gesetz vom 19. Aug. 1895 betreffend das Pfandrecht an Privateisenbahnen und Kleinbahnen. Die österreichische und schweizerische Gesetzgebung war hierin vorangegangen.

[48] Fritsch in Conrad's Jahrb. Bd. III S. 515 sieht hier keinen Unterschied. Die Bahnanlage, sagt er, bildet eine Sachgesammtheit. „Theore-

tisch (?) muss sie insoweit als res extra commercium gelten, als weder dem (Privat-)Unternehmer noch Dritten die rechtliche Möglichkeit gegeben sein darf, ohne Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörde, die Bahnanlage oder Zubehörstücke derselben ihrer Bestimmung zu entziehen." Beleg: Das Preuss. Gesetz vom 19. Aug. 1895. Dann wären allerdings auch die Güter des Mündels „theoretisch" extra commercium, da sie nur mit Genehmigung der staatlichen Aufsichtsbehörde, d. h. des Vormundschaftsgerichts veräussert werden können. Die wirklichen res extra commercium sind etwas ganz Anderes, und dass der Schienenweg dazu gehört, wird seine eigene Bedeutung behalten auch noch hinter den Vorschriften über die Bahneinheit.

Geburt und Aufenthalt als Anknüpfungspunkte für den Erwerb der Staatsangehörigkeit*.

Von

J. Keidel, Bezirksamtsassessor in Erding.

Wenn man von dem Begriff des Staates als einer Vereinigung von Personen auf einem bestimmten örtlich begrenzten Gebiete unter einem Herrscherwillen ausgeht, so gelangt man von selbst zu dem Schlusse, dass die Personen, welche im Staatsgebiete wohnen, auch dessen Angehörige sein sollen. Dies war

* Die Litteratur hat sich in Deutschland mit dieser Frage wie überhaupt mit der Materie der Staatsangehörigkeit noch wenig befasst. In Kürze berührt die wesentlichsten Gesichtspunkte, welche dabei in's Auge zu fassen sind, von Bar in seinem Werke „Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts“ I. Bd. S. 169 ff. Interessante Beiträge zu der Frage liefern ferner der Aufsatz von Bodman's, Die Rechtsverhältnisse der sog. Sujets mixtes im Archiv XII. Bd. S. 200 ff., 317 ff., insbesondere auf S. 214—233, und ein Aufsatz, Das Reichsgesetz über die Erwerbung und den Verlust der Reichs- und Staatsangehörigkeit von von Völderndorff in No. 29 u. 31 der „Allgemeinen Zeitung“ vom 30. Januar und 1. Februar 1896. Eine eingehende historisch-dogmatische Darstellung der auf Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit bezüglichen Fragen überhaupt giebt Stoerk in von Holtzendorff's Handbuch des Völkerrechts II. Bd. S. 592 ff. Die Abhandlungen von Bar's, von Bodman's und Stoerk's enthalten auch reiche Litteraturangaben. In seiner letzten Session im August l. J. hat auch das Institut de droit international sich wieder mit den Grundformen befasst, nach welchen Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit im internationalen Verkehr sich vollziehen sollen. Die bezüglichen Verhandlungen konnten bei Herstellung dieses Aufsatzes nicht mehr berücksichtigt werden.

wohl auch angesichts der abweisenden Haltung, die jeder Staat gegenüber der Einwanderung von Fremden annahm und andererseits angesichts der überall bestehenden Auswanderungsbeschränkungen bis zu Anfang dieses Jahrhunderts die Regel. Die Frage, ob für den Erwerb der Staatsangehörigkeit die Thatsache der Abstammung von einem Inländer oder die Thatsache der Geburt im Inlande als Anknüpfungspunkt vorzuziehen sei, hatte unter diesen Umständen wenig praktische Bedeutung. Erst mit der zunehmenden Anerkennung der Grundsätze der Freizügigkeit und der Auswanderungsfreiheit auch im internationalen Verkehr verlangte die Frage gebieterisch nach einer Lösung.

Die modernen Gesetzgebungen über die Staatsangehörigkeit nehmen fast ausnahmslos den Grundsatz zum Ausgangspunkt, dass für den Erwerb der Staatsangehörigkeit die Abstammung entscheidet. Das erwachende Selbstgefühl des Volkes, das seit den Tagen der französischen Revolution das gesammte öffentliche Leben im Inneren der Staaten, wie im internationalen Verkehr so mächtig beeinflusst hatte, war auch auf dem Gebiete der Staatsangehörigkeitsgesetzgebung nicht ohne Wirkung geblieben: es ist klar, dass ein Volk, das sich der Blutsverwandtschaft seiner Angehörigen bewusst ist, der Blutsverwandtschaft, der Thatsache der Abstammung als Anknüpfungspunkt für den Erwerb der Staatsangehörigkeit den Vorzug vor dem Geburtsorte geben muss. Die ausnahmslose Durchführung dieses Grundsatzes im Zusammenhang mit der zunehmenden Ein- und Auswanderung führte aber bald zu einem wachsenden Missverhältnisse zwischen den Staatsangehörigen und den im Inlande dauernd niedergelassenen Fremden. Die Gesetzgebung sann daher allenthalben auf Mittel und Wege, wie der natürliche Zusammenhang zwischen Staatsangehörigkeit und Wohnsitz im Staate wieder herzustellen sei.

Der Zweck der folgenden Abhandlung ist der, die gesetzgeberischen Versuche darzustellen, die bisher gemacht worden

sind, um einen Zusammenhang zwischen Wohnsitz und Staatsangehörigkeit nach Thunlichkeit wieder herzustellen und an der Hand dieses Materials zu einem Urtheil darüber zu gelangen, auf welchem Wege die Möglichkeit einer dem praktischen Bedürfnisse entsprechenden Lösung der Frage zu suchen ist.

Deutschland, Oesterreich-Ungarn, die Schweiz, Norwegen, Rumänien, Serbien, Haiti (W. Cahn, Erwerbung und Verlust der Staatsangehörigkeit, 2. Aufl. S. 19 u. 20) und Japan (Böhm, Zeitschrift für internationales Privat- u. Strafrecht Bd. IX S. 353, Clunet, Journal du droit international privé, tome XXVI p. 735) sind zur Zeit die einzigen Staaten, welche dem Geburtsort und dem Wohnsitz jeden Einfluss auf den Erwerb der Staatsangehörigkeit verweigern. Im Gegensatz zu diesen Staaten erkennen Dänemark und die südamerikanischen Freistaaten ausschliesslich die im Inlande geborenen Kinder ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit der Eltern als ihre Angehörigen an (Cahn a. a. O. S. 19). Zwischen diesen beiden Polen bewegt sich die Masse der übrigen Gesetzgebungen, welche von dem Grundsatz ausgehen, dass die Staatsangehörigkeit durch die Abstammung von einem Inländer erworben wird, diesen Grundsatz aber in mehr oder minder ausgedehntem Maasse durchbrechen und neben der Abstammung auch den Geburtsort und den Wohnsitz als Anknüpfungspunkte für den Erwerb der Staatsangehörigkeit verwerthen. Wir lassen im Folgenden jene Gruppe von Gesetzgebungen ausser Betracht, welche den im Inlande geborenen Kindern von Ausländern nur ein Recht der Option für die Staatsangehörigkeit des Geburtslandes einräumen und wenden uns sofort zu jener Gruppe von Staaten, in welchen ein im Inlande geborenes Kind kraft Gesetzes die Staatsangehörigkeit des Geburtslandes erwirbt, da nur mittels des durch derartige Bestimmungen geübten Zwanges die Frage, wie die im Inlande ansässigen aus-

ländischen Familien dem Staatsverbande rechtlich einzuverleiben seien, einer wirklichen Lösung entgegengeführt wird.

In Frankreich hat das gewaltige Anwachsen der Zahl der dort niedergelassenen Ausländer im Verein mit dem Rückgang der Zahl der Geburten in den inländischen Familien vor zehn Jahren zu einer umfassenden Aenderung der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Staatsangehörigkeit geführt, wodurch die Thatsache der Geburt im Inlande eine weittragende Bedeutung für den Erwerb der französischen Staatsangehörigkeit erhalten hat. Nach Art. 8 Ziff. 3 u. 4 a. a. O. in der Fassung der Gesetze vom 26. Juni 1889 und 22. Juli 1893 (Cahn a. a. O. S. 274 u. 280) wird die französische Staatsangehörigkeit im Falle der Abstammung von einem Ausländer durch die Geburt in Frankreich und zwar unter verschiedenen Voraussetzungen erworben, je nachdem die Eltern ebenfalls in Frankreich geboren sind oder nicht. Im ersten Falle, wenn die Eltern, d. h. der Vater oder die Mutter, in Frankreich geboren sind, wird das Kind Franzose durch die Geburt, kann aber, wenn nur die Mutter in Frankreich geboren ist, für die Staatsangehörigkeit des Vaters optiren; im anderen Falle, wenn die Eltern nicht in Frankreich geboren sind, wird das Kind Franzose, wenn es beim Eintritt der Volljährigkeit in Frankreich seinen Wohnsitz hat; es kann aber ebenfalls für die Staatsangehörigkeit des Vaters optiren. Die Option muss in beiden Fällen innerhalb des auf den Eintritt der Volljährigkeit folgenden Jahres erfolgen und ist nur zulässig, wenn der Optant den Nachweis zu erbringen vermag, dass er die Staatsangehörigkeit seiner Eltern besitzt und dass er in dem Heimathstaate seiner Eltern nach den dort bestehenden Vorschriften dem Ruf zu den Fahnen gefolgt ist.

Nach italienischem Rechte — Art. 8 Abs. 2 B. G.-B. (Cahn a. a. O. S. 457) — wird das in Italien geborene Kind eines seit zehn Jahren ununterbrochen daselbst wohnhaften Ausländers als Italiener anerkannt. Das Kind kann jedoch ein Jahr nach

erfolgter Grossjährigkeit für die ausländische Staatsangehörigkeit des Vaters optiren.

In Luxemburg erwirbt nach Art. 2 Abs. 1 des Gesetzes vom 27. Jan. 1878 über die Naturalisationen (Cahn a. a. O. S. 301) jedes im Grossherzogthum wohnende und von einem daselbst geborenen Ausländer herstammende Individuum, dessen Vater bis zur Geburt des Kindes im Grossherzogthum ansässig gewesen ist, die inländische Staatsangehörigkeit, sofern es nicht während des auf den (durch das luxemburgische Gesetz bestimmten) Tag seiner Volljährigkeit folgenden Jahres die Eigenschaft eines Ausländers beansprucht. Zu diesem Behufe muss das Kind durch ein von seiner Regierung in gehöriger Form ausgestelltes Zeugniss nachweisen, dass es die Staatsangehörigkeit seines Vaters besitzt.

In Monaco erwirbt nach Art. 9 B. G.-B. in der Fassung einer Verordnung vom 8. Juli 1877 (Cahn a. a. O. S. 282) ein in Monaco geborenes Kind eines Fremden, der selbst dort geboren ist, die Staatsangehörigkeit des Geburtslandes, vorbehaltlich des Rechts der Option für die angestammte Staatsangehörigkeit. Das in Monaco geborene Kind eines Fremden, der selbst in Monaco geboren ist und dessen Vater ebenfalls dort geboren war, hat das Optionsrecht nicht; ein solches Kind ist, wie das Gesetz sich ausdrückt, nothwendig Unterthan des Prinzen.

Schweden schliesst sich mit einem Gesetze über Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit vom 1. Okt. 1894 (Cahn a. a. O. S. 288) enge an die jüngste Rechtsgestaltung in Frankreich an. Nach § 2 Abs. 1 a. a. O. werden die Ausländer oder eine unverheirathete Ausländerin, welche im Reiche geboren sind und hier bis zur Vollendung des 22. Lebensjahres ununterbrochen ihren Wohnsitz gehabt haben, schwedische Staatsangehörige, vorbehaltlich des Verzichts auf die schwedische Staatsangehörigkeit. Die Rechtswirksamkeit des Verzichts ist bedingt durch den Nachweis des Besitzes der Staatsangehörigkeit in einem anderen Lande.

Nach § 2 Abs. 2 a. a. O. tritt dies Recht auf den Verzicht für denjenigen nicht ein, der von einem Ausländer geboren ist, der selbst von diesem Rechte Gebrauch gemacht hat. Von dem französischen Rechte unterscheidet sich die Bestimmung nur dadurch, dass sie einen unterbrochenen Wohnsitz in Schweden von der Geburt bis zur Vollendung des 22. Lebensjahres fordert, während das französische Gesetz sich mit der Thatsache des Wohnsitzes in Frankreich im Zeitpunkt des Eintritts der Volljährigkeit begnügt.

In Bulgarien wird nach Art. 15 des Gesetzes über die Staatsangehörigkeit vom 26. Febr. 1883 (Cahn a. a. O. S. 303) der dort geborene Ausländer, dessen Eltern, Vater oder Mutter, gleichfalls in Bulgarien geboren sind, als Bulgare betrachtet, wenn er nicht innerhalb eines Jahres nach Vollendung des 21. Lebensjahres erklärt, auch in Zukunft Ausländer bleiben zu wollen.

In England ist die Thatsache der Geburt im Inlande ebenfalls neben der Abstammung als Anknüpfungspunkt für den Erwerb der englischen Staatsangehörigkeit anerkannt. Nur hat dort die Rechtsentwicklung einen jener der kontinentalen Staaten entgegengesetzten Weg durchgemacht (A. Weiss, Traité théorique et pratique de droit international privé, tome I, de la nationalité, Paris 1892, p. 246). Nach englischem Gewohnheitsrecht wurde die englische Staatsangehörigkeit ausschliesslich durch die Geburt auf englischem Boden erworben. Erst seit 1870 gelangte man unter dem Einfluss königlicher Verordnungen dahin, auch die auf fremdem Boden geborenen Kinder eines Engländers als Engländer zu betrachten. Andererseits hat „The Naturalization Act 1870“ (Cahn a. a. O. S. 292) in Art. 4 jedem geborenen Engländer, d. i. jedem in England geborenen oder von einem Engländer abstammenden Kinde, das Recht eingeräumt — Volljährigkeit und Dispositionsfähigkeit vorausgesetzt — auf die englische Staatsangehörigkeit zu verzichten, dem in England geborenen Kinde nach ausdrücklicher Bestimmung nur dann, wenn es im Augen-

blick der Geburt eine fremde Staatsangehörigkeit erworben hat und diese Staatsangehörigkeit zur Zeit des Verzichts auf die englische Staatsangehörigkeit noch besitzt.

Wie England betrachtet auch Portugal — Art. 18 B. G.-B. (CAHN a. a. O. S. 25) — diejenigen als portugiesische Staatsbürger, welche im Königreiche von nicht daselbst für den Dienst ihrer Nation sich aufhaltenden Ausländern geboren sind, behält ihnen aber vor, nach Eintritt der Grossjährigkeit zu erklären oder, wenn sie minderjährig sind, durch ihren Vater oder Vormund erklären zu lassen, dass sie nicht portugiesische Staatsbürger werden wollen.

Mexiko — Fremden- und Staatsangehörigkeitsgesetz vom 28. Mai 1886 Art. 2. Ziff. II (CAHN a. a. O. S. 314) — betrachtet die dort geborenen Kinder eines Ausländers solange als Ausländer, bis sie nach dem Nationalgesetz ihres Vaters oder ihrer Mutter grossjährig geworden sind. Sobald aber ein Jahr nach erlangter Grossjährigkeit vorüber ist und sie nicht vor der politischen Behörde ihres Aufenthaltsortes erklärt haben, die Staatsangehörigkeit ihrer Eltern beizubehalten, werden sie als Mexikaner betrachtet.

San Salvador — Verfassung vom 13. Aug. 1886 Tit. III Art. 42 Ziff. 2 (CAHN a. a. O. S. 25) — betrachtet die im Inlande geborenen ehelichen Kinder eines Fremden und einer Salvadoranerin als seine Angehörigen, wenn sie nicht innerhalb des auf die Erreichung der Grossjährigkeit folgenden Jahres erklären, dass sie für die Nationalität des Vaters optiren.

Im Kongostaate werden nach Art. 5 eines Dekrets über die Staatsangehörigkeit vom 27. Dez. 1892 (CAHN a. a. O. S. 313) Kinder, welche im Staatsgebiete geboren sind und dort während der drei ihrer Grossjährigkeit unmittelbar vorausgehenden Jahre und während des diesem Zeitpunkte folgenden Jahres ihren Wohnsitz haben, als Staatsangehörige betrachtet, vorbehaltlich einer gegentheiligen Willenserklärung.

Aehnliche Bestimmungen, wie die bisher aufgeführten, enthalten die Verträge des Deutschen Reichs mit Guatemala vom 20. Sept. und mit Honduras vom 12. Dez. 1887. Nachdem in Art. 10 §§ 1 u. 2 zunächst festgelegt ist, dass die Ueberwanderung der Angehörigen des einen Vertragstheils in das Gebiet des anderen weder für sie selbst, noch für ihre im Gebiete des anderen Vertragstheils geborenen Kinder eine Aenderung der Staatsangehörigkeit zur Folge hat, bestimmt § 3 a. a. O. folgendermassen: „Dessen ungeachtet müssen die Söhne (scil. der Einwanderer), sobald sie nach den vaterländischen Gesetzen die Grossjährigkeit erlangen, durch Seitens des im Lande beglaubigten diplomatischen Agenten legalisirte Urkunden vor der hiezu von der betreffenden Regierung bestimmten Behörde nachweisen, dass sie die auf den Militärdienst ihrer Nation bezüglichen Gesetze erfüllt haben oder zu erfüllen im Begriff stehen. Im Falle, dass sie dieser Bestimmung innerhalb der zwölf auf den Tag der Erlangung der Grossjährigkeit folgenden Monate nicht nachkommen sollten, können sie als Bürger des Landes ihrer Geburt angesehen werden.“ Anschliessend hieran bestimmt § 4 a. a. O.: „Die Nachkommen derjenigen Individuen, welche die Nationalität ihres Vaters auf Grund des § 3 bewahrt haben, können als Bürger desjenigen Landes betrachtet werden, in welchem sie geboren sind.“ Man wird diese beiden durch die Worte „können . . . betrachtet werden“ etwas unklaren Bestimmungen mit KUTSCHER (Die Stellung des Art. 10 §§ 3 u. 4 des deutsch-guatemalischen Vertrages vom 20. Sept. 1887 zum System der Erwerbung und des Verlustes der deutschen Reichs- und Staatsangehörigkeit, Inauguraldissertation, Greifswald 1897) wohl dahin auslegen dürfen, dass der in Deutschland geborene Abkömmling eines im Deutschen Reiche ansässigen Guatemalaners oder Honduraners durch Geburt auf deutschem Boden die deutsche Staatsangehörigkeit erwirbt, wenn er nicht den in § 3 a. a. O. geforderten Nachweis erbringt oder wenn sein Vater bereits im Deutschen Reiche geboren war.

Der Geburtsort dient als Anknüpfungspunkt auch vielfach für die Bestimmung der Staatsangehörigkeit von Kindern, deren Eltern unbekannt sind oder selbst eine Staatsangehörigkeit nicht besitzen. Die darauf bezüglichen Bestimmungen bleiben hier ausser Betracht.

Die Anknüpfung der Staatsangehörigkeit an Geburtsort, Wohnsitz oder Aufenthalt, abgesehen von den zuletzt erwähnten Fällen, wird, wie bereits in der Einleitung angedeutet ist, durch die Erwägung gerechtfertigt, dass das System, welches die Staatsangehörigkeit eines Kindes ausschliesslich nach jener der Eltern bestimmen will, weil es die Fortpflanzung der Staatsangehörigkeit von Generation zu Generation trotz fortgesetzten Aufenthalts der Familie im Auslande gestattet, zu einer thatsächlichen Unwahrheit insofern führt, als im Laufe der Zeit die Zahl der Staatsangehörigen, welche im Inlande wohnen, im Verhältniss zur Zahl der dort wohnenden Fremden immer geringer wird zum Nachtheil für den Staat, der sich dadurch immer mehr seiner natürlichen Grundlagen beraubt sieht. Dieser Zustand, der dadurch so erheblich gefördert wird, dass der Fremde mit dem Einheimischen im Wesentlichen gleiche Rechte geniesst und Religion und Sitten irgend welche Scheidewand zwischen Einheimischen und Fremden nicht mehr aufrechterhalten, gestattet überdies einer grossen Anzahl von Personen sich der Erfüllung der gerade aus der Staatsangehörigkeit erwachsenden Verpflichtungen, insbesondere der Militärpflicht, zu entziehen. Darüber, dass theoretisch das System den Vorzug vor allen anderen verdient, das dem Kinde die Staatsangehörigkeit des Vaters verleiht, besteht allerdings kein Zweifel. So empfehlenswerth dieses System aber auch sein mag, so dürfen doch auch die Nachtheile nicht unbeachtet bleiben, die seine reine Durchführung zur Folge hat und die naturgemäss um so fühlbarer sein werden, je grösser der Zuzug von Fremden nach einem Lande ist. Grundsätzlich lässt sich also jedenfalls nichts dagegen einwenden, wenn Geburtsort, Wohn-

sitz oder Aufenthalt als Anknüpfungspunkte für die Bestimmung der Staatsangehörigkeit herangezogen werden, um diesen Nachtheilen zu begegnen. Es kann sich nur darum handeln, die rechte Form zu finden, in der dies unter Wahrung aller berechtigten Interessen der betheiligten Personen wie der betheiligten Staaten geschehen kann. Wir suchen zu diesem Zwecke im Folgenden festzustellen, zu welchen Kollisionen mit fremden Gesetzgebungen die in Frage stehenden Bestimmungen dadurch Anlass geben, dass sie eine mehrfache Staatsangehörigkeit einer Person zur Folge haben, woraus sich dann von selbst die Forderungen ergeben, denen die Bestimmungen genügen müssen, um nach allen Richtungen thunlichst einwandfrei zu sein.

Kollisionen mit den Gesetzgebungen fremder Staaten wären selbstverständlich völlig ausgeschlossen, wenn der Verlust einer Staatsangehörigkeit ohne Weiteres als Folge des Erwerbs einer anderen Staatsangehörigkeit überall gesetzlich anerkannt wäre. Die überwiegende Mehrzahl der Staaten, so Italien (CAHN a. a. O. S. 458), England (CAHN a. a. O. S. 294), Rumänien (CAHN a. a. O. S. 463), Griechenland (CAHN a. a. O. S. 456), Belgien (WEISS a. a. O. S. 664) und Luxemburg (WEISS a. a. O. S. 644) lassen aber den Verlust der Staatsangehörigkeit ausdrücklich nur als Folge der Naturalisation im Auslande eintreten; Frankreich (CAHN a. a. O. S. 276), sowie die Niederlande (CAHN a. a. O. S. 285) stellen der Naturalisation den Erwerb einer fremden Staatsangehörigkeit kraft Gesetzes auf ausdrückliches Verlangen bezw. (die Niederlande) „nach dem Willen des Erwerbers" gleich. Nach dem Wortlaute aller dieser Bestimmungen ist ein Verlust der Staatsangehörigkeit als Folge des Erwerbs einer fremden Staatsangehörigkeit auf Grund der Geburt oder eines Aufenthalts von bestimmter Dauer vollkommen ausgeschlossen und zwar gleichviel ob der Erwerb mit Vorbehalt oder mit Ausschluss des Rechts der Option für die Staatsangehörigkeit des Heimathstaates sich vollzieht; nur das niederländische Gesetz wird eine Auslegung

Der Geburtsort dient als Anknüpfungspunkt auch vielfach für die Bestimmung der Staatsangehörigkeit von Kindern, deren Eltern unbekannt sind oder selbst eine Staatsangehörigkeit nicht besitzen. Die darauf bezüglichen Bestimmungen bleiben hier ausser Betracht.

Die Anknüpfung der Staatsangehörigkeit an Geburtsort, Wohnsitz oder Aufenthalt, abgesehen von den zuletzt erwähnten Fällen, wird, wie bereits in der Einleitung angedeutet ist, durch die Erwägung gerechtfertigt, dass das System, welches die Staatsangehörigkeit eines Kindes ausschliesslich nach jener der Eltern bestimmen will, weil es die Fortpflanzung der Staatsangehörigkeit von Generation zu Generation trotz fortgesetzten Aufenthalts der Familie im Auslande gestattet, zu einer thatsächlichen Unwahrheit insofern führt, als im Laufe der Zeit die Zahl der Staatsangehörigen, welche im Inlande wohnen, im Verhältniss zur Zahl der dort wohnenden Fremden immer geringer wird zum Nachtheil für den Staat, der sich dadurch immer mehr seiner natürlichen Grundlagen beraubt sieht. Dieser Zustand, der dadurch so erheblich gefördert wird, dass der Fremde mit dem Einheimischen im Wesentlichen gleiche Rechte geniesst und Religion und Sitten irgend welche Scheidewand zwischen Einheimischen und Fremden nicht mehr aufrechterhalten, gestattet überdies einer grossen Anzahl von Personen sich der Erfüllung der gerade aus der Staatsangehörigkeit erwachsenden Verpflichtungen, insbesondere der Militärpflicht, zu entziehen. Darüber, dass theoretisch das System den Vorzug vor allen anderen verdient, das dem Kinde die Staatsangehörigkeit des Vaters verleiht, besteht allerdings kein Zweifel. So empfehlenswerth dieses System aber auch sein mag, so dürfen doch auch die Nachtheile nicht unbeachtet bleiben, die seine reine Durchführung zur Folge hat und die naturgemäss um so fühlbarer sein werden, je grösser der Zuzug von Fremden nach einem Lande ist. Grundsätzlich lässt sich also jedenfalls nichts dagegen einwenden, wenn Geburtsort, Wohn-

sitz oder Aufenthalt als Anknüpfungspunkte für die Bestimmung der Staatsangehörigkeit herangezogen werden, um diesen Nachtheilen zu begegnen. Es kann sich nur darum handeln, die rechte Form zu finden, in der dies unter Wahrung aller berechtigten Interessen der betheiligten Personen wie der betheiligten Staaten geschehen kann. Wir suchen zu diesem Zwecke im Folgenden festzustellen, zu welchen Kollisionen mit fremden Gesetzgebungen die in Frage stehenden Bestimmungen dadurch Anlass geben, dass sie eine mehrfache Staatsangehörigkeit einer Person zur Folge haben, woraus sich dann von selbst die Forderungen ergeben, denen die Bestimmungen genügen müssen, um nach allen Richtungen thunlichst einwandfrei zu sein.

Kollisionen mit den Gesetzgebungen fremder Staaten wären selbstverständlich völlig ausgeschlossen, wenn der Verlust einer Staatsangehörigkeit ohne Weiteres als Folge des Erwerbs einer anderen Staatsangehörigkeit überall gesetzlich anerkannt wäre. Die überwiegende Mehrzahl der Staaten, so Italien (CAHN a. a. O. S. 458), England (CAHN a. a. O. S. 294), Rumänien (CAHN a. a. O. S. 463), Griechenland (CAHN a. a. O. S. 456), Belgien (WEISS a. a. O. S. 664) und Luxemburg (WEISS a. a. O. S. 644) lassen aber den Verlust der Staatsangehörigkeit ausdrücklich nur als Folge der Naturalisation im Auslande eintreten; Frankreich (CAHN a. a. O. S. 276), sowie die Niederlande (CAHN a. a. O. S. 285) stellen der Naturalisation den Erwerb einer fremden Staatsangehörigkeit kraft Gesetzes auf ausdrückliches Verlangen bezw. (die Niederlande) „nach dem Willen des Erwerbers" gleich. Nach dem Wortlaute aller dieser Bestimmungen ist ein Verlust der Staatsangehörigkeit als Folge des Erwerbs einer fremden Staatsangehörigkeit auf Grund der Geburt oder eines Aufenthalts von bestimmter Dauer vollkommen ausgeschlossen und zwar gleichviel ob der Erwerb mit Vorbehalt oder mit Ausschluss des Rechts der Option für die Staatsangehörigkeit des Heimathstaates sich vollzieht; nur das niederländische Gesetz wird eine Auslegung

dahin zulassen, dass derjenige, der vorbehaltlich des Rechts der Option die Staatsangehörigkeit in einem fremden Lande als Folge der Geburt oder eines dauernden Aufenthalts dort erwirbt, die niederländische Staatsangehörigkeit dadurch verliert, weil man wohl ohne Rechtsirrthum in der Nichtgeltendmachung des Optionsrechtes einen auf den Erwerb der fremden Staatsangehörigkeit gerichteten Willen wird erblicken dürfen.

Günstiger gestaltet sich das Verhältniss der Gesetzesbestimmungen, welche den Erwerb der Staatsangehörigkeit an den Geburtsort anknüpfen, zu jenen Gesetzesbestimmungen, welche den Verlust der Staatsangehörigkeit als Folge eines ununterbrochenen Aufenthalts im Auslande von gewisser Dauer eintreten lassen. Da aber der Verlust der Staatsangehörigkeit keine absolute Folge des Aufenthalts im Auslande ist, vielmehr alle in Betracht kommenden Gesetzgebungen den Betheiligten gestatten, ihre Staatsangehörigkeit trotz des Aufenthalts im Auslande sich zu erhalten, so sind auch Kollisionen mit diesen Gesetzgebungen nur zu häufig.

Nachdem die neueste Gesetzgebung in Frankreich den Aufenthalt im Auslande, oder, mit anderen Worten gesagt, die Auswanderung als Grund des Verlustes der Staatsangehörigkeit fallen gelassen hat, lassen in Europa nur Deutschland, Oesterreich-Ungarn und die Niederlande, sowie Belgien, Luxemburg und Norwegen, in Amerika die Vereinigten Staaten und Mexiko die angestammte Staatsangehörigkeit durch Auswanderung verloren gehen. In den Vereinigten Staaten besteht keine ausdrückliche diesbezügliche Bestimmung, es wird nur in der Praxis allgemein anerkannt, dass ein amerikanischer Bürger die Staatsangehörigkeit durch ausdrücklichen wie stillschweigenden Verzicht verlieren kann, und eine Auswanderung ohne die Absicht der Rückkehr wird im Allgemeinen als stillschweigender Verzicht anerkannt (Weiss a. a. O. S. 636). Belgien und Luxemburg (Weiss a. a. O. S. 644 und 664) knüpfen, wie das frühere franzö-

sische Recht, den Verlust der Staatsangehörigkeit an jede Niederlassung im Auslande, welche nicht ausschliesslich zu Handelszwecken und ohne Absicht der Rückkehr erfolgt. Norwegen (Cahn a. a. O. S. 268) lässt die Staatsangehörigkeit verloren gehen durch „Verlassen des Landes für immer“, sofern der Auswanderer nicht innerhalb eines Jahres nach dem Verlassen des Landes vor einem norwegischen Konsul erklärt, norwegischer Staatsbürger bleiben zu wollen, eine Erklärung, die für einen Zeitraum von zehn Jahren gilt und vor Ablauf der Frist stets wieder für den gleichen Zeitraum erneuert werden kann. Nach österreichischem Rechte geht die Staatsbürgerschaft verloren durch Auswanderung (Cahn a. a. O. S. 460). Der Begriff der Auswanderung ist in dem betreffenden Gesetze näher bestimmt als Verlassen des Staates mit dem Vorsatz, nicht wieder zurückzukehren. Als Handlungen aber, durch welche nach Annahme des Gesetzes dieser Vorsatz zu erkennen gegeben wird, sind u. A. bezeichnet ein fünfjähriger ununterbrochener Aufenthalt im Auslande, sofern derselbe nicht zum Zwecke einer handels-, gewerblichen, landwirthschaftlichen oder industriellen Niederlassung erfolgt ist, und ein zehnjähriger Aufenthalt beim Vorhandensein der vorbezeichneten Zwecke. Eingehende, und zum grössten Theil übereinstimmende Bestimmungen enthalten das deutsche und das ungarische Staatsangehörigkeitsgesetz (Cahn a. a. O. S. 391). Nach beiden Gesetzen geht die Staatsangehörigkeit verloren durch zehnjährigen ununterbrochenen Aufenthalt im Auslande. Die Frist wird von dem Zeitpunkt des Austritts aus dem Reichsgebiete und wenn der Austretende sich im Besitz eines Reisepapiers befindet, von dem Zeitpunkt des Ablaufs dieser Papiere an gerechnet. Unterbrochen wird die Frist nach ausdrücklicher Bestimmung in beiden Gesetzen durch den Eintrag in die Matrikel eines deutschen bezw. ungarischen Konsulats. Nach dem Staatsangehörigkeitsgesetze Mexikos (Cahn a. a. O. S. 316) endlich geht die Staatsangehörigkeit verloren durch eine

Auswanderung ohne Ermächtigung der Regierung zum Zweck des Studiums oder der Anlage einer Handels- oder Industrieniederlassung, ausserdem durch zehnjährigen Aufenthalt im Auslande, sofern nicht vor Ablauf der Frist die Erlaubniss zu weiterer Abwesenheit erwirkt wird, eine Erlaubniss, die jeweils nur auf fünf Jahre und nur beim Vorhandensein ernster Gründe ertheilt wird.

Die Bestimmungen, welche, wie wir kurz sagen wollen, an die Thatsache der Auswanderung den Verlust der Staatsangehörigkeit anknüpfen, sind für uns deswegen von besonderem Interesse, weil sie zum Theil Erwägungen derselben Natur entspringen, wie die Bestimmungen, welche Geburt oder dauernden Aufenthalt im Inlande oder, wie wir des Gegensatzes halber kurz sagen wollen, die Einwanderung zum Anknüpfungspunkt für den Erwerb der Staatsangehörigkeit machen und weil sie an sich geeignet sind, Konflikte zu vermeiden, welche auf Grund der letzteren Bestimmungen durch den Besitz doppelter Staatsangehörigkeit nur zu zahlreich sind. Wir haben gleich Eingangs dieses Aufsatzes auf den natürlichen Zusammenhang zwischen Wohnsitz und Staatsangehörigkeit hingewiesen. Diesen Zusammenhang nehmen offenbar beide Gruppen von Bestimmungen zum Ausgangspunkt, indem sie einer fremden Familie nach einem ununterbrochenen Aufenthalte von gewisser Dauer die Staatsangehörigkeit im Inlande verleihen, bezw. eine inländische Familie nach einer ununterbrochenen Abwesenheit von gewisser Dauer ihrer Staatsangehörigkeit für verlustig erklären. Der thatsächliche Aufenthalt in einem anderen als dem Heimathstaate wird in dem einen Falle als Ausdruck des Willens, Angehöriger dieses Staates zu sein, in dem anderen Falle als Ausdruck des Willens, das rechtliche Band mit dem Heimathstaat zu lösen, erachtet; die thatsächliche Ueberwanderung von einem Staat in den anderen wird von beiden Staaten als eine Handlung angesehen, durch welche eine Person oder eine Familie ihren Vorsatz zu erkennen giebt, ihre Staatsangehörigkeit zu wechseln.

Dass sich Bestimmungen über Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit, welche auf diesen Erwägungen beruhen, grundsätzlich ergänzen müssten, Konflikte zwischen den Gesetzgebungen jener Staaten, welche sich von diesen Erwägungen haben leiten lassen, grundsätzlich also ausgeschlossen sein müssten, ist klar. Wenn trotzdem in der Praxis viele und schwere Konflikte auch zwischen den Gesetzgebungen dieser Staaten bestehen, so hat dies seinen Grund in der Hauptsache darin, dass die Frage, wann eine Auswanderung, wann eine Einwanderung als erfolgt anzusehen ist, und insbesondere, ob der Aufenthalt in einem anderen als dem Heimathstaate schlechthin als Wille, die Staatsangehörigkeit in diesem Staate zu erwerben, erachtet werden oder ob ein gegentheiliger, auf Wahrung der Staatsangehörigkeit des Heimathstaates gerichteter Wille und folgeweise ein Verzicht auf den Erwerb der Staatsangehörigkeit des Aufenthaltsstaates rechtlich Beachtung finden soll, in den verschiedenen Gesetzgebungen sehr verschieden beantwortet wird.

Die Folgen derartiger Kollisionen der verschiedenen Gesetzgebungen treten zunächst und am augenscheinlichsten auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts zu Tage, insbesondere wenn zwei Staaten von einer Person die Erfüllung ihrer staatsbürgerlichen Pflichten fordern oder die Person den Schutz des einen Staates, dem sie angehört, gegenüber dem anderen in Anspruch nimmt. Die bereits erwähnte Studie Bodmann's enthält in dieser Richtung wichtige und interessante Angaben und theilt zugleich die Grundsätze mit, welche von den einzelnen Staaten in diesen Kollisionsfällen befolgt werden.

Nicht ausser Acht gelassen werden dürfen aber auch die Konflikte, welche der Besitz einer doppelten Staatsangehörigkeit auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts zur Folge hat, Konflikte, die um so häufiger werden, je mehr sich in der Gesetzgebung und in der Rechtsprechung die Ansicht Bahn bricht, dass alle persönlichen, familien- und erbrechtlichen Rechtsver-

hältnisse einer Person nach dem Rechte des Staates sich bestimmen, dem sie angehört.

Zahlreiche Konflikte ergeben sich auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts weiter dadurch, dass die meisten der in Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen für den Erwerb der Staatsangehörigkeit in Anknüpfung an den Geburtsort auch die Geburtszeit massgebend sein lassen mit der Folge, dass die Kinder eine andere Staatsangehörigkeit besitzen als die der Eltern. Da sich die familienrechtlichen Beziehungen zwischen den Eltern und Kindern naturgemäss nur nach einer Gesetzgebung beurtheilen lassen, so werden dadurch, dass man dem Kinde eine andere Staatsangehörigkeit als die der Eltern verleiht, neue Konflikte insofern geschaffen, als die Frage, ob für die Beurtheilung der Rechtsverhältnisse zwischen Eltern und Kindern die Staatsangehörigkeit der Eltern oder die der Kinder massgebend sein soll, in verschiedenen Staaten verschieden beantwortet wird. Der sich hieraus ergebenden Forderung, die Rechtseinheit in der Familie dadurch zu wahren, dass man das Kind, bis es grossjährig geworden ist, als Angehöriger des Staates betrachtet, dem die Eltern angehören, werden nur die Gesetzgebungen Schwedens und Mexikos vollkommen gerecht, weil sie das im Inlande geborene Kind eines Ausländers, erst wenn es grossjährig geworden ist, als Inländer betrachten. Eine ähnliche Bestimmung enthält das französische Bürgerliche Gesetzbuch in Art. 8 Ziff. 4. Der Wortlaut derselben: Franzose ist (nicht „wird“) jedes in Frankreich geborene Kind eines Ausländers, das bei Eintritt der Volljährigkeit in Frankreich wohnt, hat aber in der Praxis zu Zweifeln darüber Anlass gegeben, ob das Kind die französische Staatsangehörigkeit sofort mit der Geburt oder erst mit Vollendung des 21. Lebensjahres erwirbt (vgl. hierüber Weiss a. a. O. S. 165ff., ferner Journal XVII S. 563, XVIII S. 37ff.).

Für die Verleihung der Staatsangehörigkeit an die Kinder eines Ausländers im Anschluss an ihre Geburt im Inlande erst

nach erreichter Volljährigkeit sprechen übrigens noch weitere Erwägungen.

Die Bestimmung empfiehlt sich zunächst aus inneren Gründen. Wie wir im Laufe der Darstellung fortgesetzt zu beobachten Gelegenheit hatten, zieht sich durch die gesammte Gesetzgebung der Gedanke, dass Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit ein Ergebniss der freien Willensbestimmung der betheiligten Personen sein soll. Bei einem Kinde lässt sich nun allerdings von einer freien Willensbestimmung noch nicht reden. Wir müssen aber annehmen, dass das Kind dem Staate angehören will, dem seine Eltern angehören oder, vielleicht richtiger ausgedrückt, dass es dem Willen der Eltern, der die mangelnde Willensfähigkeit des Kindes zu ergänzen berufen ist, entspricht, dass das Kind ihre Staatsangehörigkeit theile. Auf dieser Annahme beruht auch der in der Theorie als einzig richtig bezeichnete Satz, dass die Staatsangehörigkeit eines Kindes durch dessen Abstammung bestimmt wird, ein Satz, den auch die Gesetzgebung der überwiegenden Mehrzahl der Staaten sich zu eigen gemacht hat und an welchem, soweit es sich um die im Auslande geborenen Kinder ihrer Angehörigen handelt, selbst jene Staaten ausnahmslos festhalten, die den im Inlande geborenen Kindern ausländischer Eltern die inländische Staatsangehörigkeit verleihen.

Wichtige Gründe sprechen aber auch vom Standpunkte des Aufnahmestaates dafür, dem im Inlande geborenen Kinde eines Ausländers die inländische Staatsangehörigkeit erst nach erreichter Volljährigkeit zu verleihen. Die Aufnahme eines Ausländers in den Staatsverband auf Ansuchen wird fast in allen Staaten davon abhängig gemacht, dass die Person in der Lage ist, sich ihren Unterhalt zu verschaffen und dass gegen dieselbe keine Thatsachen vorliegen, welche eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit durch sie befürchten lassen. So wünschenswerth es für einen Staat sein kann, die überwiegende Mehrzahl der im Staatsgebiete sich aufhaltenden Personen auch zu seinen Staatsangehörigen zählen

zu dürfen und so dringend das Bedürfniss nach Bestimmungen erscheinen mag, die jenes Ziel verfolgen, so berechtigt ist auf der anderen Seite das Interesse des Staates, sich solche Personen fern zu halten, von denen er eine Störung der öffentlichen Ordnung gewärtigen muss. Auf die Geltendmachung dieser gewiss wichtigen Interessen verzichtet aber der Staat, wenn er dem Kinde sofort bei seiner Geburt die Staatsangehörigkeit verleiht.

Weitere Bedenken entspringen auch vom Standpunkt des Aufnahmestaates der schon unter anderen Gesichtspunkten wegen ihrer nachtheiligen Folgen erwähnten Thatsache der Verschiedenheit der Staatsangehörigkeit der Kinder und der Eltern. Diese Verschiedenheit muss nothwendig zu Schwierigkeiten führen, sobald die Ausweisung der Eltern in Erwägung gezogen werden muss. Es ist ein ziemlich allgemein anerkannter Grundsatz, dass eine Familie durch Ausweisung einzelner Familienmitglieder nicht getrennt werden darf. Der Staat wird also, wenn das Kind eines Ausländers die inländische Staatsangehörigkeit besitzt, sobald Anlass zu einer Ausweisung der Eltern gegeben ist, vor die Alternative gestellt, ob er mit Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit der Kinder auf die Ausweisung der Eltern verzichten will, oder ob er den Kindern, seinen eigenen Staatsangehörigen, den Aufenthalt im Inlande, wenn nicht rechtlich so doch thatsächlich wenigstens bis zum Zeitpunkt der Volljährigkeit, mit dem das Recht der Eltern, den Wohnsitz ihrer Kinder zu bestimmen, erlischt, unmöglich machen will.

Zu Bedenken geben alle Bestimmungen, welche an den Geburtsort anknüpfen, um einem Kinde die Staatsangehörigkeit zu verleihen, auch insofern Anlass, als ihre beabsichtigte Wirkung von den Betheiligten ohne wesentliche Schwierigkeiten durch eine Reise der Mutter in's Ausland zum Zweck ihrer Niederkunft ausgeschlossen werden kann. Die Gefahr einer solchen Umgehung des Gesetzes liegt besonders für die Grenzbezirke eines Staates sehr nahe, für welche andererseits jene Bestimmungen selbst ganz

besondere Bedeutung haben, einmal weil der Zuzug und die Niederlassung von Ausländern gerade in den Grenzbezirken einen verhältnissmässig grösseren Umfang aufweisen wird, als die Niederlassung im Mittelpunkt des Staates und weil andererseits der Staat ein lebhaftes Interesse hat, dass in den Grenzbezirken die Zahl seiner Angehörigen jene der Ausländer möglichst überwiege. Den in der angegebenen Richtung bestehenden Befürchtungen ist nur in einer Gesetzgebung, in der Luxemburgs, und zwar dadurch begegnet, dass die Aufnahme der Nachkommen eines Ausländers in den Staatsverband allein von der Thatsache eines ununterbrochenen Aufenthalts der Eltern im Grossherzogthum von ihrer Geburt bis zu der eines Kindes abhängig gemacht ist.

Für die Wahl des Geburtsortes und der Geburtszeit als Anknüpfungspunkte für die Verleihung der Staatsangehörigkeit sprechen in der Hauptsache formale Erwägungen. Eine möglichst rasche und sichere Feststellung der Staatsangehörigkeit einer Person liegt bei der hohen Bedeutung derselben für ihre gesammte Rechtsstellung auf dem Gebiete des öffentlichen wie des privaten Lebens gleichmässig im Interesse der Staaten wie ihrer Angehörigen. Dass dieses Ziel mit Bestimmungen am vollkommensten erreicht wird, die sich darauf beschränken, die Thatsache der Geburt im Inlande allein für die Staatsangehörigkeit entscheiden zu lassen, ist nicht zu bestreiten: denn einmal bedarf es zur Feststellung der Staatsangehörigkeit der Erhebung nur einer Thatsache und diese Thatsache selbst ist, weil sie nach der Gesetzgebung aller Kulturstaaten in irgend einer Weise öffentlich beurkundet wird, jederzeit leicht feststellbar; andererseits ist die Staatsangehörigkeit unmittelbar aus der Thatsache selbst abzuleiten, ohne dass erst besondere Erwägungen über die rechtliche Bedeutung derselben anzustellen wären. Dadurch unterscheidet sich die Thatsache der Geburt als Anknüpfungspunkt vortheilhaft von der Thatsache eines ununterbrochenen Aufenthalts oder gar der Thatsache des Wohnsitzes. Angesichts

der vielen Bedenken aber, welche gegen die Wahl der Geburt als Anknüpfungspunkt für die Verleihung der Staatsangehörigkeit bestehen, dürfen solche formale Erwägungen für den Gesetzgeber nicht ausschlaggebend sein. Da der Aufenthalt einer Familie im Inlande den eigentlichen Bestimmungsgrund für ihre Aufnahme in den Staatsverband bildet, so darf der Gesetzgeber diese Thatsache auch nicht unberücksichtigt lassen oder sich damit begnügen, für ihr Vorliegen unter gewissen Voraussetzungen, beispielsweise, wenn in einer Familie in zwei auf einander folgenden Generationen sich Geburtsfälle im Inlande ereignet haben, eine Vermuthung aufzustellen. Die meisten Gesetzgebungen haben auch die Bedeutung gerade des Aufenthalts für die in Betracht kommenden Verhältnisse nicht verkannt und fordern für die Aufnahme einer Person in den Staatsverband in irgend einer Form den Nachweis eines dauernden Aufenthalts der Familie, welcher die aufzunehmende Person angehört, im Inlande, sei es nun den Nachweis, dass die Eltern bis zur Geburt des aufzunehmenden Kindes im Inlande sich ununterbrochen aufgehalten haben, sei es den Nachweis eines ununterbrochenen Aufenthalts der aufzunehmenden Person selbst im Inlande seit ihrer Geburt. Gegen derartige Bestimmungen können übrigens unseres Erachtens auch aus formellen Gründen besonders schwerwiegende Bedenken kaum geltend gemacht werden, weil das polizeiliche Meldewesen ohne besondere Schwierigkeiten eine solche Ausbildung erfahren kann, dass auch die Feststellung des ununterbrochenen Aufenthalts einer Person mit ziemlicher Sicherheit jeder Zeit möglich ist. Etwaige Zweifel über den Begriff des ununterbrochenen Aufenthalts selbst, wie beispielsweise darüber, ob Reisen in's Ausland den Aufenthalt unterbrechen, lassen sich im Wege der Gesetzgebung unschwer beseitigen. Als verfehlt freilich müsste es bezeichnet werden, wenn statt des Aufenthalts der Wohnsitz als Voraussetzung für die Staatsangehörigkeit einer Person gewählt würde, weil die Feststellung, ob ein Aufenthalt die Merkmale

des Begriffs des Wohnsitzes im Rechtssinn an sich trägt, in der Praxis erfahrungsgemäss nicht selten zu den schwierigsten Aufgaben der Rechtsprechung gehört, die Staatsangehörigkeit sohin ihrer nothwendigen sicheren Grundlage beraubt würde.

Die Nothwendigkeit der Zulassung einer Option für die angestammte Staatsangehörigkeit im Zusammenhalt mit den Bestimmungen, welche die inländische Staatsangehörigkeit an die Thatsache der Geburt oder eines ununterbrochenen Aufenthalts im Inlande anknüpfen, ist im Laufe der Darstellung bereits betont worden. Dass jene Bestimmungen selbst die beabsichtigte Wirkung — die im Inlande ansässigen Familien allmählich dem Staatsverbande einzuverleiben und zu verhüten, dass die Zahl der Personen, welche keinem Staate angehören, unverhältnissmässig anwachse und eine grosse Anzahl der eingesessenen Bevölkerung sich einer Befreiung von allen staatsbürgerlichen Pflichten zu erfreuen habe — nur dann zu äussern vermögen, wenn die Option nicht vorbehaltlos, sondern nur unter der doppelten Voraussetzung gestattet wird, dass die betreffende Person den Nachweis des Besitzes einer anderen Staatsangehörigkeit, sowie gegebenen Falls der Erfüllung ihrer Wehrpflicht gegenüber ihrem Heimathstaate erbringt, ist klar und auch von den meisten Gesetzgebungen entsprechend berücksichtigt worden. Ein Fehler ist dabei nur insofern gemacht worden, als ausser Acht gelassen wurde, dass innerhalb der Frist für die Ausübung des Optionsrechts nach den Militärgesetzen der fremden Staaten nicht nothwendig eine entgiltige Entscheidung über die Dienstpflicht der betreffenden Person ergehen muss. Begnügt sich die Gesetzgebung aber mit einer vorläufigen Entscheidung, durch welche ja allerdings auch der Nachweis erbracht ist, dass die betreffende Person sich den Ersatzbehörden ihres Heimathstaates gestellt hat, also dem Ruf zu den Fahnen gefolgt ist, so ist damit Jedem die Möglichkeit einer Umgehung der Bestimmungen über den Erwerb der inländischen Staatsangehörigkeit eröffnet und einer der Hauptzwecke

derselben, die Erfüllung der militärischen Pflichten Seitens jeder hiezu berufenen Person in irgend einem Staate zu erzwingen, vereitelt. Die Ausübung des Optionsrechts schützt sie gegen die Einberufung zum Heere in dem Aufenthaltsstaate, und der Dienstleistung in ihrem Heimathstaate entzieht sie sich durch den fortgesetzten Aufenthalt in dem Staate, in welchem sie die Staatsangehörigkeit zu erwerben abgelehnt hat. Gesetzt, der in Frankreich geborene Sohn eines Deutschen vollendete am 1. Mai 1900 sein 20. Lebensjahr. Nach den deutschen Militärgesetzen ist er vom 1. Jan. dieses Jahres ab gestellungspflichtig, er muss sich den Ersatzbehörden zur Entscheidung über seine Dienstverpflichtung vorstellen. Es kann aber aus verschiedenen Gründen die endgiltige Entscheidung hierüber bis zum dritten oder fünften Militärpflichtjahre d. i. in unserem Falle bis zum Jahre 1902 oder 1904, wenn er die Berechtigung zum einjährig-freiwilligen Dienst erlangt hat, sogar bis zum 1. Okt. des siebenten Militärpflichtjahres hinaus sich verzögern. Die Ausübung des Optionsrechts, die nach dem Wortlaute des Art. 8 Ziff. 3 franz. B. G.-B. auf Grund der die Zurückstellung aussprechenden vorläufigen Entscheidung der deutschen Ersatzbehörden zulässig erscheint, muss nun in unserem Falle zwischen dem 1. Mai 1901 und dem 1. Mai 1902 erfolgen. Wird von dem Rechte Gebrauch gemacht, und steht damit fest, dass eine Einberufung zum Heeresdienste in Frankreich nicht mehr zu befürchten ist, so braucht die betreffende Person nur ihren Aufenthalt in Frankreich fortzusetzen und eine Rückkehr nach Deutschland zu vermeiden, um auch dort sich der Dienstpflicht zu entziehen. Abhilfe hiegegen wird indessen unschwer zu beschaffen sein: es braucht nur die Ausübung des Optionsrechts an die Voraussetzug einer endgiltigen Entscheidung über die Dienstpflicht geknüpft und die Optionsfrist entsprechend verlängert zu werden.

In der Literatur ist schon wiederholt auf die unbedingte Nothwendigkeit einer vertragsmässigen Regelung der auf den Er-

werb und Verlust der Staatsangehörigkeit bezüglichen Fragen als des einzigen Weges, auf dem eine befriedigende Lösung derselben zu erzielen ist, hingewiesen worden. Die Hauptforderungen, die auf diesem Gebiete zu stellen sind und über deren Berechtigung im Grunde die Staaten selbst einig sind — sie lassen sich in drei Sätze formuliren: erstens, jede Person muss im Besitze einer Staatsangehörigkeit sein; zweitens, jede Person darf im Besitz nur einer Staatsangehörigkeit sein; drittens, die Staatsangehörigkeit soll in der Regel gegenüber dem Staate bestehen, in dessen Gebiet eine Familie ihren dauernden Aufenthalt hat — lassen sich zweifellos nur auf dem Wege internationaler Vereinbarungen erfüllen. Dass die engen Beziehungen zwischen Staatsangehörigkeit und Aufenthaltsort auch in der Praxis der Gesetzgebungen vollauf in ihrer grossen Bedeutung gewürdigt werden, dafür liefern nicht nur jene Bestimmungen einen Beweis, durch welche in den letzten zwei Jahrzehnten in vielen Staaten der Versuch gemacht wurde, die im Lande ansässigen fremden Familien allmählich dem Staatsverbande einzuverleiben: denselben Erwägungen sind, wie im Laufe der Darstellung schon einmal hervorgehoben wurde, auch jene Bestimmungen entsprungen, welche, wie beispielsweise jene des § 21 deutsch. Staatsangehörigkeits-G., den Verlust der Staatsangehörigkeit als Folge eines ununterbrochenen Aufenthalts im Auslande von gewisser Dauer eintreten lassen. Der Gedanke ist nur einmal in negativer, einmal in positiver Weise als Grundlage gesetzlicher Bestimmungen verwendet, indem einmal an die Thatsache des Aufenthalts im Inlande der Erwerb, im anderen Falle an die Thatsache des Aufenthalts im Auslande der Verlust der Staatsangehörigkeit angeknüpft wird, hier mit der Folge, dass eine grosse Anzahl von Personen rechtlich heimathlos wird, dort auf die Gefahr hin, dass Konflikte mit fremden Staaten aus der doppelten Staatsangehörigkeit der in den Staatsverband aufgenommenen Personen entstehen. An einer Vereinbarung dahin, dass die im Inlande dauernd nieder-

gelassenen fremden Personen als Angehörige des Aufenthaltsstaates rechtlich betrachtet werden, haben aber auch jene Staaten ein lebhaftes Interesse, in welche der Zuzug von Fremden verhältnissmässig schwach und von deren Standpunkt aus eine Aufnahme derselben in den Staatsverband, anknüpfend an deren Aufenthalt im Inlande, nicht geboten ist, und welche andererseits ihre im Auslande sich niederlassenden Angehörigen nach Ablauf eines bestimmten Zeitraums ihrer Staatsangehörigkeit für verlustig erklären, sie ihren Pflichten gegen ihr Vaterland entbinden. Dieses Interesse gründet sich darauf, dass nach den bestehenden internationalen Vereinbarungen jeder Staat verpflichtet ist, auch jene Personen auf Verlangen anderer Staaten wieder zu übernehmen, welche zwar die inländische Staatsangehörigkeit verloren, eine fremde Staatsangehörigkeit aber nicht erworben haben, und dass daher die Staaten, welche ihre im Auslande niedergelassenen Angehörigen nach Umfluss einer gewissen Zeit ihrer Staatsangehörigkeit für verlustig erklären, solange diese nicht in einen anderen Staatsverband aufgenommen sind, fortgesetzt der Gefahr ausgesetzt sind, die Familien, die ihre Kraft und ihre Arbeit einem fremden Staate gewidmet haben, übernehmen zu müssen, sobald die Nothwendigkeit einer Hilfeleistung aus öffentlichen Mitteln eintritt. Man darf wohl ungescheut behaupten, dass die Bestimmungen, welche an den Aufenthalt im Auslande den Verlust der Staatsangehörigkeit anknüpfen, ohne die ergänzenden Bestimmungen, welche die Aufnahme in den Staatsverband an den Aufenthalt im Inlande anknüpfen, zum Theil ihre Wirkung verfehlen: sie entbinden die Angehörigen ihrer Verpflichtungen gegenüber dem Staate, ohne diesen seiner Verpflichtungen gegenüber jenen entbinden zu können.

Wenn wir die eben dargelegten Verhältnisse in Betracht ziehen, so darf man das Bedürfniss, die Beziehungen zwischen Staatsangehörigkeit und Aufenthalt wieder enger zu gestalten, als ein allgemeines, in allen Staaten gleich fühlbares bezeichnen.

Damit wäre aber von selbst die Grundlage zu internationalen Vereinbarungen über die schwebenden Fragen gegeben. Ja man wird nicht einmal erhebliche Meinungsverschiedenheiten über grundlegende Punkte zu befürchten haben, abgesehen vielleicht von der einen Frage, ob das Recht der Option für die angestammte Staatsangehörigkeit ohne Rücksicht auf die Dauer des Aufenthalts einer Familie deren Angehörigen in jeder Generation wieder gewahrt werden soll. Die Hauptschwierigkeiten wird die Formulirung der Rechtssätze bilden.

Wir möchten für etwaige internationale Verträge folgende Bestimmung empfehlen:

„Die Staatsangehörigkeit wird durch Abstammung erworben.“

„Die Staatsangehörigkeit erwirbt ferner — und zwar ein Jahr nach erreichter Volljährigkeit — wer von der Vollendung seines sechsten Lebensjahres bis zu jenem Zeitpunkte ununterbrochen sich im Inlande aufgehalten hat, falls er nicht innerhalb des letzten diesem Zeitpunkte vorausgehenden Jahres auf den Erwerb der inländischen Staatsangehörigkeit verzichtet und dabei nachweist, dass er die Staatsangehörigkeit in einem anderen Lande besitzt.“

„Eine Abwesenheit aus Anlass der Erfüllung der militärischen Dienstpflicht in einem anderen Lande ist als Unterbrechung des Aufenthalts anzusehen.“

„Wird vor Ablauf der Frist für Abgabe der Verzichterklärung der Nachweis erbracht, dass eine Gestellung vor den Ersatzbehörden eines anderen Landes erfolgt, eine Einberufung zur Dienstleistung aber noch nicht ergangen ist, so ist die Frist durch Verfügung der zuständigen Behörde jedes Mal bis zum Ablaufe des Kalenderjahres zu verlängern, in welchem nach Inhalt jenes Nachweises eine weitere Entscheidung ergehen oder die Einberufung zum Dienste erfolgen wird. Der Erwerb der Staatsangehörigkeit erfolgt in diesem Falle mit

dem Ablauf der verlängerten Frist, wenn nicht vorher eine Verzichterklärung abgegeben oder der Aufenthalt in Folge der Erfüllung der militärischen Dienstpflicht unterbrochen wird."

Die Begründung dieser Bestimmung ergiebt sich in der Hauptsache aus den vorhergehenden Ausführungen von selbst. Die leitenden Gedanken waren, kurz gefasst, die folgenden. Die Anknüpfung an den Geburtsort ist aufgegeben, weil damit dem Zufall und der Willkür der Betheiligten ein zu grosser Einfluss auf die Wirksamkeit der Bestimmung eingeräumt würde, die Anknüpfung an die Geburt in zeitlicher Beziehung mit Rücksicht auf die Konflikte, welche sich aus der Verschiedenheit der Staatsangehörigkeit der Eltern und der Kinder ergeben. Für die Forderung eines ununterbrochenen Aufenthalts von der Vollendung des sechsten Lebensjahres an war einmal die Erwägung massgebend, dass der Aufenthalt des Kindes von diesem Zeitpunkte ab mit Rücksicht auf die bestehende Schulpflicht naturgemäss ein stetigerer sein wird, wirkliche Aufenthaltsunterbrechungen im Sinn der Bestimmung also selten sein werden; ausserdem wird durch den Schulbesuch die Feststellung des Aufenthalts wesentlich erleichtert. Der fortgesetzte Besuch inländischer Schulen, der durch Zeugnisse und Aufzeichnungen der Schulbehörden oder Inhaber von Privatschulen wohl unschwer jeder Zeit nachgewiesen werden kann, wird einem ununterbrochenen Aufenthalt im Inlande ohne Weiteres gleichzuachten sein. Die Gewährung des Optionsrechts erschien nothwendig zur Vermeidung von Konflikten aus dem Besitz einer doppelten Staatsangehörigkeit und mit Rücksicht darauf, dass kein Staat den Erwerb einer fremden Staatsangehörigkeit für seine Angehörigen als rechtsverbindlich anerkennen und sie darauf hin der inländischen Staatsangehörigkeit für verlustig erklären wird, wenn den Betheiligten nicht die Möglichkeit der freien Wahl der Staatsangehörigkeit gegeben war. Die Forderung des Nachweises des Besitzes einer anderen Staatsangehörigkeit als Bedingung der Zulässigkeit des Verzichts auf die inländische

Staatsangehörigkeit war geboten, um zu verhüten, dass eine Person aus jedem Staatsverbande ausscheidet. Von der Forderung des Nachweises einer Erfüllung der militärischen Dienstpflicht in einem anderen Staate konnte abgesehen werden, weil derjenige, welcher in einem anderen Staate dieser Pflicht vor Ablauf der Optionsfrist nachgekommen ist, dadurch den Aufenthalt im Inlande unterbrochen hat, die inländische Staatsangehörigkeit also schon deshalb nicht erwirbt. Im Uebrigen ist der Möglichkeit, dass Jemand auf die inländische Staatsangehörigkeit verzichtet, ohne seiner Pflicht zum Heeresdienst gegenüber einem anderen Staate nachgekommen zu sein, sehr einfach dadurch begegnet, dass als Nachweis des Besitzes einer fremden Staatsangehörigkeit nur eine Urkunde, ähnlich jener der deutschen Heimathscheine, zum Aufenthalte im Auslande zugelassen wird, und solche Urkunden an Personen, die sich ihrer Wehrpflicht entzogen haben, nicht mehr ausgestellt werden, so dass ihnen in diesem Falle der Verzicht auf die Staatsangehörigkeit des Staates, in dem sie sich aufhalten, unmöglich gemacht ist. Darüber, dass nur die Erfüllung der militärischen Dienstpflicht gegenüber einem anderen Staate den Erwerb der inländischen Staatsangehörigkeit ausschliessen, die Gestellung vor den Ersatzbehörden dieses Staates der wirklichen Dienstleistung nicht gleichgestellt werden darf, wenn die Bestimmung ihre Wirksamkeit in jedem Falle äussern soll, haben wir bereits ausführlich gesprochen. Andererseits darf aber denjenigen Personen, welche aus irgend welchem gesetzlich vorgesehenen Grunde vor Ablauf der regelmässigen Frist für Abgabe der Verzichterklärung ihrer Dienstpflicht in einem anderen Staate nicht genügt haben, die inländische Staatsangehörigkeit nicht ohne Weiteres aufgezwungen werden. Um dieser Forderung zu entsprechen, ist eine Verlängerung der Frist für Abgabe der Verzichterklärung vorgesehen und im Zusammenhang damit der Zeitpunkt des Erwerbs der inländischen Staatsangehörigkeit entsprechend hinausgeschoben, um alle Streitfragen darüber von

vornherein abzuschneiden, ob der Vorbehalt der Verzichterklärung als suspensive oder resolutive Bedingung aufzufassen ist, und um der Staatsangehörigkeit in jedem Zeitpunkt jene Sicherheit zu geben, die ihre hohe Bedeutung für das öffentliche wie das private Recht verlangt. Die Verlängerung der Frist für Abgabe der Verzichterklärung durch behördliche Verfügung — statt kraft Gesetzes — wurde aus formellen Gründen für wünschenswerth erachtet: die Ausnahme von der Regel, dass ein fortgesetzter Aufenthalt im Inlande von der Vollendung des sechsten Lebensjahres bis zum Ablauf eines Jahres nach erreichter Volljährigkeit den Erwerb der inländischen Staatsangehörigkeit zur Folge hat, soll durch eine öffentliche Urkunde einer inländischen Behörde konstatirt werden, damit für den inländischen Verkehr jeder Zeit eine Feststellung dahin möglich ist, dass der Erwerb der Staatsangehörigkeit nicht eingetreten ist. Die Urkunde dient dem Inhaber allen inländischen Civil- und Militärbehörden gegenüber als Nachweis seiner Ausländereigenschaft, der nach Sachlage durch den Vorweis einer Bestätigung über den Besitz einer fremden Staatsangehörigkeit nicht unter allen Umständen als erbracht angesehen werden kann. Ueberdies wird durch eine derartige Verfügung die Feststellung der Staatsangehörigkeit für die Zukunft wesentlich erleichtert, wenn man ihr den Charakter eines Formalaktes in dem Sinne beilegt, dass eine Untersuchung darüber, ob bei Erlass der Verfügung die Voraussetzungen für den Erwerb der Staatsangehörigkeit und für die Verlängerung der Frist für Abgabe der Verzichterklärung gegeben waren, ausgeschlossen wird.

Im Anschlusse an eine Bestimmung, wie sie hier befürwortet wurde, kann dann unbedenklich eine Bestimmung dahin getroffen werden, dass die inländische Staatsangehörigkeit durch Erwerb einer fremden Staatsangehörigkeit verloren geht, womit der Besitz einer doppelten Staatsangehörigkeit für alle Fälle ausgeschlossen wird.

Staatsangehörigkeit war geboten, um zu verhüten, dass eine Person aus jedem Staatsverbande ausscheidet. Von der Forderung des Nachweises einer Erfüllung der militärischen Dienstpflicht in einem anderen Staate konnte abgesehen werden, weil derjenige, welcher in einem anderen Staate dieser Pflicht vor Ablauf der Optionsfrist nachgekommen ist, dadurch den Aufenthalt im Inlande unterbrochen hat, die inländische Staatsangehörigkeit also schon deshalb nicht erwirbt. Im Uebrigen ist der Möglichkeit, dass Jemand auf die inländische Staatsangehörigkeit verzichtet, ohne seiner Pflicht zum Heeresdienst gegenüber einem anderen Staate nachgekommen zu sein, sehr einfach dadurch begegnet, dass als Nachweis des Besitzes einer fremden Staatsangehörigkeit nur eine Urkunde, ähnlich jener der deutschen Heimathscheine, zum Aufenthalte im Auslande zugelassen wird, und solche Urkunden an Personen, die sich ihrer Wehrpflicht entzogen haben, nicht mehr ausgestellt werden, so dass ihnen in diesem Falle der Verzicht auf die Staatsangehörigkeit des Staates, in dem sie sich aufhalten, unmöglich gemacht ist. Darüber, dass nur die Erfüllung der militärischen Dienstpflicht gegenüber einem anderen Staate den Erwerb der inländischen Staatsangehörigkeit ausschliessen, die Gestellung vor den Ersatzbehörden dieses Staates der wirklichen Dienstleistung nicht gleichgestellt werden darf, wenn die Bestimmung ihre Wirksamkeit in jedem Falle äussern soll, haben wir bereits ausführlich gesprochen. Andererseits darf aber denjenigen Personen, welche aus irgend welchem gesetzlich vorgesehenen Grunde vor Ablauf der regelmässigen Frist für Abgabe der Verzichterklärung ihrer Dienstpflicht in einem anderen Staate nicht genügt haben, die inländische Staatsangehörigkeit nicht ohne Weiteres aufgezwungen werden. Um dieser Forderung zu entsprechen, ist eine Verlängerung der Frist für Abgabe der Verzichterklärung vorgesehen und im Zusammenhang damit der Zeitpunkt des Erwerbs der inländischen Staatsangehörigkeit entsprechend hinausgeschoben, um alle Streitfragen darüber von

vornherein abzuschneiden, ob der Vorbehalt der Verzichterklärung als suspensive oder resolutive Bedingung aufzufassen ist, und um der Staatsangehörigkeit in jedem Zeitpunkt jene Sicherheit zu geben, die ihre hohe Bedeutung für das öffentliche wie das private Recht verlangt. Die Verlängerung der Frist für Abgabe der Verzichterklärung durch behördliche Verfügung — statt kraft Gesetzes — wurde aus formellen Gründen für wünschenswerth erachtet: die Ausnahme von der Regel, dass ein fortgesetzter Aufenthalt im Inlande von der Vollendung des sechsten Lebensjahres bis zum Ablauf eines Jahres nach erreichter Volljährigkeit den Erwerb der inländischen Staatsangehörigkeit zur Folge hat, soll durch eine öffentliche Urkunde einer inländischen Behörde konstatirt werden, damit für den inländischen Verkehr jeder Zeit eine Feststellung dahin möglich ist, dass der Erwerb der Staatsangehörigkeit nicht eingetreten ist. Die Urkunde dient dem Inhaber allen inländischen Civil- und Militärbehörden gegenüber als Nachweis seiner Ausländereigenschaft, der nach Sachlage durch den Vorweis einer Bestätigung über den Besitz einer fremden Staatsangehörigkeit nicht unter allen Umständen als erbracht angesehen werden kann. Ueberdies wird durch eine derartige Verfügung die Feststellung der Staatsangehörigkeit für die Zukunft wesentlich erleichtert, wenn man ihr den Charakter eines Formalaktes in dem Sinne beilegt, dass eine Untersuchung darüber, ob bei Erlass der Verfügung die Voraussetzungen für den Erwerb der Staatsangehörigkeit und für die Verlängerung der Frist für Abgabe der Verzichterklärung gegeben waren, ausgeschlossen wird.

Im Anschlusse an eine Bestimmung, wie sie hier befürwortet wurde, kann dann unbedenklich eine Bestimmung dahin getroffen werden, dass die inländische Staatsangehörigkeit durch Erwerb einer fremden Staatsangehörigkeit verloren geht, womit der Besitz einer doppelten Staatsangehörigkeit für alle Fälle ausgeschlossen wird.

worden, dass sie einen wirklichen Krieg im Rechtssinne voraussetze.

Man darf meinen Erörterungen nicht von vornherein den Vorwurf machen, dass sie rein doktrinärer Natur seien, weil das Soldatentestament an Bedeutung verloren habe angesichts der reichlichen Auswahl anderer privilegierter Testamentsformen, die das B. G.-B. (§§ 2249 ff.) für die Reichsangehörigen vorgesehen hat, und vor allem angesichts der Aufnahme des holographischen Testamentes (B. G.-B. § 2231 No. 2) ins neue Reichsrecht. Freilich unterliegt zwar die theoretische Anwendbarkeit dieser anderen Testamentsformen durch Deutsche im Auslande nach den Grundsätzen des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch über das internationale Privatrecht (Art. 11 Abs. I in Verbindung mit Art. 24 Abs. I) keinem Zweifel[5], aber die praktische Handhabung dieser §§ 2231 No. 2 und 2249 ff. durch unsere Soldaten in China wird doch wesentlich eingeschränkt.

Denn das „Gemeindetestament“ des § 2249 erfordert ausser den beiden Zeugen das Vorhandensein eines Gemeindevorstehers; das „Quarantänetestament“[6] des § 2250 setzt zwar eventuell nur drei Zeugen aber eine „Absperrung“ des Ortes der Testamentserrichtung voraus und das „Seetestament“ des § 2251 kann nur während der Hin- oder Rückbeförderung der Soldaten bezw. etwa während ihres Aufenthaltes auf einem Lazarettschiffe in Anwendung kommen, wie auch das „Marinetestament“ des E.-G. z. B. G.-B. Art. 44 nur anwendbar ist, wenn sich der Testator an Bord befindet.

Das holographische Testament des § 2231 No. 2 endlich kommt nicht nur (§ 2247) für solche Testatoren in Fortfall, die

---

wenig die gesammte übrige Litteratur zu B. G.-B. § 15; dasselbe gilt von den Materialien (Mot. I S. 38, Kommissionsprot. I S. 6 f.)

[5] Vgl. auch NIEDNER's Kommentar zum Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1899, S. 64 sub β, S. 30 sub 1, sowie z. B. CROME, System des Bürgerlichen Rechts, Freiburg und Leipzig 1900, Bd. I S. 159 Anm. 101.

[6] Wie es COSACK a. a. O. Bd. II S. 634 sehr glücklich benannt hat.

B. G.-B. §§ 15 und 18 Abs. II[2] und das „Kriegstestament“ in Betracht. Nur auf letzteres soll hier eingegangen werden.

Es können nämlich Bedenken gegen die Anwendbarkeit des § 44 des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874 (R.-G.-Bl. S. 45) auftauchen, das für Militärpersonen im Kriege eine privilegierte Testamentsform gestattet, die wegen E.-G. z. B. G.-B. Art. 32 auch nach dem 1. Jan. 1900 in Kraft geblieben und sogar durch E.-G. z. B. G.-B. Art. 44 auf das Marinepersonal ausgedehnt worden ist. Ja, diese — unten genauer zu erörternden — Bedenken gegen die Zulässigkeit der Soldatentestamente in China liegen zum Teil so auf der Hand, dass ein einigermassen geschickter Anwalt, dem es darauf ankommt, ein in China errichtetes Soldatentestament umzustürzen, schwerlich verfehlen wird, sie heranzuziehen. Auch ist in der neuesten Litteratur, zwar nicht wegen der Soldatentestamente, wohl aber wegen der schon erwähnten Kriegsverschollenheit[3] mehrfach[4] betont

[2] Sonst gedenkt das Bürgerliche Gesetzbuch des Krieges nirgends; die civilrechtliche Bedeutung, welche er in älteren Kodifikationen z. B. als Kündigungsgrund für Miete und Pacht, als Voraussetzung der Pachtremission und für die Verjährung (Hemmniss ihres Beginnes) besass (vgl. A. L.-R. I 21 §§ 378f., 553ff., 573ff., I 9 §§ 522f.) ist teils verloren, teils in generellere Rechtssätze aufgegangen.

[3] Zu B. G.-B. § 15 will ich mich hier nicht äussern, einmal, weil die nachstehenden Erörterungen zum Teil analog verwertbar sind, und dann, weil für die Verschollenheit die Frage, ob ein „Krieg“ vorliegt, minder wichtig ist. Denn eventuell würde § 17 („sonstige Lebensgefahr“) eingreifen, der gleichfalls eine dreijährige Verschollenheit voraussetzt; freilich ist der Zeitpunkt, in welchem der Verschollene als todt zu betrachten ist (§ 18 II) und demnach die unter Umständen (z. B. für Erbschaftsanfall) sehr bedeutsame Dauer der Lebensvermutung (§ 19) beide Male verschieden.

[4] So von Cosack in seinem Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Jena 1898, Bd. I S. 64 sub α, von Hoelder in seinem Kommentar, München 1900 S. 111 sub 2 und am schärfsten von Gareis in seinem Kommentar, Berlin 1900, S. 26 sub 1, S. 27 sub 5. — Die Erlanger Inauguraldissertation von Ignatz Katz, Verschollenheit und Todeserklärung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, München 1899, bietet keine Interpretation des Begriffs „Krieg“, ebenso-

worden, dass sie einen wirklichen Krieg im Rechtssinne voraussetze.

Man darf meinen Erörterungen nicht von vornherein den Vorwurf machen, dass sie rein doktrinärer Natur seien, weil das Soldatentestament an Bedeutung verloren habe angesichts der reichlichen Auswahl anderer privilegierter Testamentsformen, die das B. G.-B. (§§ 2249 ff.) für die Reichsangehörigen vorgesehen hat, und vor allem angesichts der Aufnahme des holographischen Testamentes (B. G.-B. § 2231 No. 2) ins neue Reichsrecht. Freilich unterliegt zwar die theoretische Anwendbarkeit dieser anderen Testamentsformen durch Deutsche im Auslande nach den Grundsätzen des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch über das internationale Privatrecht (Art. 11 Abs. I in Verbindung mit Art. 24 Abs. I) keinem Zweifel[5], aber die praktische Handhabung dieser §§ 2231 No. 2 und 2249 ff. durch unsere Soldaten in China wird doch wesentlich eingeschränkt.

Denn das „Gemeindetestament" des § 2249 erfordert ausser den beiden Zeugen das Vorhandensein eines Gemeindevorstehers; das „Quarantänetestament"[6] des § 2250 setzt zwar eventuell nur drei Zeugen aber eine „Absperrung" des Ortes der Testamentserrichtung voraus und das „Seetestament" des § 2251 kann nur während der Hin- oder Rückbeförderung der Soldaten bezw. etwa während ihres Aufenthaltes auf einem Lazarettschiffe in Anwendung kommen, wie auch das „Marinetestament" des E.-G. z. B. G.-B. Art. 44 nur anwendbar ist, wenn sich der Testator an Bord befindet.

Das holographische Testament des § 2231 No. 2 endlich kommt nicht nur (§ 2247) für solche Testatoren in Fortfall, die

---

wenig die gesammte übrige Litteratur zu B. G.-B. § 15; dasselbe gilt von den Materialien (Mot. I S. 38, Kommissionsprot. I S. 6 f.)

[5] Vgl. auch NIEDNER's Kommentar zum Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1899, S. 64 sub β, S. 30 sub 1, sowie z. B. CROME, System des Bürgerlichen Rechts, Freiburg und Leipzig 1900, Bd. I S. 159 Anm. 101.

[6] Wie es COSACK a. a. O. Bd. II S. 634 sehr glücklich benannt hat.

minderjährig sind oder Geschriebenes nicht zu lesen vermögen, sondern auch für alle Schreibensunkundigen und für alle — etwa wegen einer Verwundung bezw. Erkrankung — zum Schreiben unfähigen Personen. Aber auch von den an sich schreibenskundigen und -fähigen Soldaten ist ein erheblicher Teil so ungebildet, dass er zu einer vernünftigen Niederschrift seines letzten Willens ausser Stande oder mindestens nicht entschlusskräftig sein wird; dieser Umstand und das Interesse an inhaltlicher Fehlerlosigkeit der Testamente dürfte daher von selbst zur Befragung eines Offiziers, eines Auditeurs, eines Militärarztes oder eines höheren Lazarettbeamten (also der im R.-Mil.-G. § 44 sub 2b und c genannten Personen) und von diesem Schritte aus zu deren Beteiligung an dem Testierakte führen. Nicht zum Wenigsten steht aber einer ausgiebigen Anwendung des holographischen Testamentes der Umstand entgegen, dass es für die meisten Reichsangehörigen ein völliges Novum ist, von dem sie, und selbst die gebildeten Soldaten — Offiziere und Einjährige — noch keine Kenntnis haben.

Somit bleibt — zumal das sog. Diplomaten- oder Gesandtentestament ins Bürgerliche Gesetzbuch nicht übergegangen ist[7] — eine Reihe von Fällen übrig, in denen das Militärtestament in den Formen des § 44 sub 2b und c[8] die einzige Aushülfe bilden würde, und es ist, da unsere Expeditionstruppe fast 20000 Mann einschliesslich 800—900 Offizieren zählt, mit grösster Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass solche Soldatentestamente[9] in China

---

[7] Vgl. meine Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch Bd. II, München 1899, S. 386 zu Anm. 7.

[8] Wegen der Form sub a ist wichtig, dass sie nur eigenhändige Schrift und Unterschrift des Testators erheischt, sodass also bei Gültigkeit der Soldatentestamente in China auch solche Urkunden (z. B. Briefe in die Heimat) wirksam sind, denen entgegen B. G.-B. § 2231 No. 2 das korrekte Orts- und Zeitdatum fehlt.

[9] Aus dem Kreise der Kieler Marineauditeure (Marinekriegsgerichtsräte) ist mir mitgeteilt worden, dass in der That auf Anregung der vor-

bereits abgefasst worden sind und noch zur Abfassung gelangen werden, zumal manche instrumentierenden Offiziere oder Auditeure und manche als Zeugen (a. a. O. sub b) mitunterschreibenden Einjährigen gar keinen Zweifel an der Zulässigkeit dieser Form hegen werden.

Weiterhin wird man der nachstehenden Untersuchung ausser ihrer geschilderten aktuellen Bedeutung die Möglichkeit einer weiteren Bedeutung für ähnliche Konfliktsfälle einräumen müssen, die mit der Ausdehnung der deutschen Kolonialpolitik und der Vermehrung unseres Seekriegsmaterials in Zukunft leicht eintreten können. Und schliesslich spielt, wie bemerkt, auch abgesehen von den Soldatentestamenten, der Begriff „Krieg" im Civilrecht und in anderen Disziplinen der Jurisprudenz noch oft eine Rolle.

Um nun zum eigentlichen Thema überzugehen, so wird alles auf die Interpretation der Eingangsworte des § 44 ankommen:

„In Kriegszeiten oder während eines Belagerungszustandes können" gewisse Personen (die wir hier, da die Abgrenzung nicht näher interessiert, einfach als „Soldaten" bezeichnen wollen) „letztwillige Verordnungen unter besonders erleichterten Formen gültig errichten" (deren Gestaltung hier ebensowenig interessiert).

Wir stehen also wiederum gegenüber der Eingangs genannten Frage, ob die chinesischen Wirren „Krieg" sind.

Der Begriff „Krieg" ist unzweifelhaft ein völkerrechtlicher und ebenso unzweifelhaft ist es auf den ersten Blick, dass auch ein civilrechtliches Gesetz, wenn es mit diesem Begriffe operiert, dessen Bestimmung vom Völkerrecht zu entlehnen hat. Denn Civilrecht und Völkerrecht sind nicht heterogene Dinge,

---

gesetzten militärischen Behörden von unseren Soldaten in China viele Testamente errichtet worden sind; doch konnte man mir nicht angeben, in welcher Form dies geschehen sei, und auf die gütigst angestellten Erkundigungen ist die Antwort von dort noch nicht eingetroffen.

nicht disiecta membra; sie sind vielmehr lediglich Zweige desselben Baumes, Teile desselben Gebäudes, nämlich Einzelbestandteile des ganzen Rechtssystems, das nur aus rechtsphilosophischen, encyklopädistischen, methodischen, pädagogischen und Zweckmässigkeitsgründen von der Wissenschaft in grössere Gruppen differenziert worden ist, die aufs innigste in einander eingreifen und übergehen, so innig, dass die Grenzscheidung oft — wie dies namentlich der bekannte Gegensatz zwischen öffentlichem und Privatrecht[10] lehrt — überaus schwierig, bisweilen unmöglich ist.

Gegenüber der Heranziehung des Völkerrechts[11] ergeben sich nun aber doch andere Bedenken. Einmal ist es wohl diskutabel, ob nicht die privilegierten Testamentsformen allesamt und somit auch das Soldatentestament unter die internen Rechtsangelegenheiten des einzelnen Staates und seiner Bürger gehören, so dass also die Voraussetzungen und Begriffe des Völkerrechts hier überhaupt nicht massgebend sind, weil dieses die Beziehungen der Staaten zu einander, in ihrem wechselseitigen Verkehre[12] mit einander regelt. Sodann will ich auf den von Jellinek (a. a. O. S. 402f.) hervorgehobenen Umstand aufmerksam machen, dass China doch nicht dem völkerrechtlichen Verbande (der „Völkergesellschaft, -genossenschaft und -gemeinde“[13]) der Kulturstaaten zugezählt werden kann und will, und dass also unser Verhältnis zu China der Beurteilung nach völkerrechtlichen Grundsätzen entzogen ist, — ein Umstand, der vorliegend zu dem Ergebnisse leiten würde, dass es wegen der Soldatentestamente nicht auf das Vorhandensein des völkerrechtlichen Begriffes „Krieg“, sondern nur auf den thatsächlichen Kriegszustand ankäme.

---

[10] Vgl. dazu sehr ausführlich mein Lehrbuch des Reichsversicherungsrechts (Kranken-, Unfall-, Invaliditäts- und Altersversicherung), Leipzig 1894, § 169 S. 908ff., insbesondere S. 909.

[11] Sie erfolgt zu B. G.-B. § 15 besonders nachdrücklich durch Gareis (vgl. oben S. 116 Anm. 4).

[12] Rivier, Lehrbuch des Völkerrechts, Stuttgart 1889, S. 1.

[13] Rivier a. a. O. S. 4.

Aber auf diese völkerrechtliche Seite der Angelegenheit soll hier nicht eingegangen werden; ich will ihre Erörterung vielmehr den Völkerrechtslehrern überlassen und hier nur soviel andeuten, dass, wenn man einen „Krieg“ nicht annehmen zu dürfen glaubt (etwa weil sich die Operation der Mächte nicht sowohl gegen die chinesische Regierung wie gegen die Boxer richtet), eine „bewaffnete Intervention“ (Strafexpedition) vorliegen würde. Diese Auffassung klingt auch neuestens in der Denkschrift zu der dem Reichstag unterbreiteten Kostenvorlage durch [14]. Aber selbstverständlich ist diese Auffassung der Denkschrift ebensowenig massgebend wie die gegenteilige Auffassung des Publikums, das wohl grösstenteils einen Krieg [15] als vorhanden ansehen und sich über die Möglichkeit von Zweifeln wundern wird. Und auch die Auffassung der militärischen Kreise bis hinauf zum obersten Kriegsherrn [16] kann für die Deutung des Reichsmilitärgesetzes nicht entscheidend sein; hier würde es vielmehr einer authentischen Interpretation des Gesetzgebers — Reichstag und Bundesrat — selber bedürfen.

Nehmen wir also einmal die für unsere weitere Untersuchung ungünstigste Antwort als zweifellos richtig an, dass nämlich

---

[14] Auch der Staatssekretär des Auswärtigen Amtes hat in der Sitzung der Budgetkommission bei Beratung der Chinavorlage am 4. Dez. 1900 erklärt, die Expedition sei als bewaffnetes Einschreiten gegen anarchistische Zustände aufzufassen.

[15] Eine förmliche Kriegserklärung ist (Rivier a. a. O. S. 368f.) nicht notwendig, wohl aber seitens des angreifenden Teils — als den wir die verbündeten Mächte betrachten wollen — der Wille, den Kriegszustand eintreten zu lassen, der etwa durch die Mobilmachung dokumentiert wird.

[16] Die Kaiserliche Verordnung vom 15. Juli 1900 (Armee-Verordnungsblatt 1900 No. 22 S. 359) sagt: „1. Das ostasiatische Expeditionskorps ist vom Tage des Verlassens der einheimischen Gewässer als mobiler Truppenverband anzusehen; 2. Meine beiliegenden Verordnungen über die Strafrechtspflege bei dem Heere in Kriegszeiten vom 21. Dez. 1899 und über die Ausübung der Strafgerichtsbarkeit gegen Kriegsgefangene gelten von dem in Meiner Verordnung vom heutigen Tage bezeichneten Zeitpunkte.“

dem Ablauf der verlängerten Frist, wenn nicht vorher eine Verzichterklärung abgegeben oder der Aufenthalt in Folge der Erfüllung der militärischen Dienstpflicht unterbrochen wird."

Die Begründung dieser Bestimmung ergiebt sich in der Hauptsache aus den vorhergehenden Ausführungen von selbst. Die leitenden Gedanken waren, kurz gefasst, die folgenden. Die Anknüpfung an den Geburtsort ist aufgegeben, weil damit dem Zufall und der Willkür der Betheiligten ein zu grosser Einfluss auf die Wirksamkeit der Bestimmung eingeräumt würde, die Anknüpfung an die Geburt in zeitlicher Beziehung mit Rücksicht auf die Konflikte, welche sich aus der Verschiedenheit der Staatsangehörigkeit der Eltern und der Kinder ergeben. Für die Forderung eines ununterbrochenen Aufenthalts von der Vollendung des sechsten Lebensjahres an war einmal die Erwägung massgebend, dass der Aufenthalt des Kindes von diesem Zeitpunkte ab mit Rücksicht auf die bestehende Schulpflicht naturgemäss ein stetigerer sein wird, wirkliche Aufenthaltsunterbrechungen im Sinn der Bestimmung also selten sein werden; ausserdem wird durch den Schulbesuch die Feststellung des Aufenthalts wesentlich erleichtert. Der fortgesetzte Besuch inländischer Schulen, der durch Zeugnisse und Aufzeichnungen der Schulbehörden oder Inhaber von Privatschulen wohl unschwer jeder Zeit nachgewiesen werden kann, wird einem ununterbrochenen Aufenthalt im Inlande ohne Weiteres gleichzuachten sein. Die Gewährung des Optionsrechts erschien nothwendig zur Vermeidung von Konflikten aus dem Besitz einer doppelten Staatsangehörigkeit und mit Rücksicht darauf, dass kein Staat den Erwerb einer fremden Staatsangehörigkeit für seine Angehörigen als rechtsverbindlich anerkennen und sie darauf hin der inländischen Staatsangehörigkeit für verlustig erklären wird, wenn den Betheiligten nicht die Möglichkeit der freien Wahl der Staatsangehörigkeit gegeben war. Die Forderung des Nachweises des Besitzes einer anderen Staatsangehörigkeit als Bedingung der Zulässigkeit des Verzichts auf die inländische

Staatsangehörigkeit war geboten, um zu verhüten, dass eine Person aus jedem Staatsverbande ausscheidet. Von der Forderung des Nachweises einer Erfüllung der militärischen Dienstpflicht in einem anderen Staate konnte abgesehen werden, weil derjenige, welcher in einem anderen Staate dieser Pflicht vor Ablauf der Optionsfrist nachgekommen ist, dadurch den Aufenthalt im Inlande unterbrochen hat, die inländische Staatsangehörigkeit also schon deshalb nicht erwirbt. Im Uebrigen ist der Möglichkeit, dass Jemand auf die inländische Staatsangehörigkeit verzichtet, ohne seiner Pflicht zum Heeresdienst gegenüber einem anderen Staate nachgekommen zu sein, sehr einfach dadurch begegnet, dass als Nachweis des Besitzes einer fremden Staatsangehörigkeit nur eine Urkunde, ähnlich jener der deutschen Heimathscheine, zum Aufenthalte im Auslande zugelassen wird, und solche Urkunden an Personen, die sich ihrer Wehrpflicht entzogen haben, nicht mehr ausgestellt werden, so dass ihnen in diesem Falle der Verzicht auf die Staatsangehörigkeit des Staates, in dem sie sich aufhalten, unmöglich gemacht ist. Darüber, dass nur die Erfüllung der militärischen Dienstpflicht gegenüber einem anderen Staate den Erwerb der inländischen Staatsangehörigkeit ausschliessen, die Gestellung vor den Ersatzbehörden dieses Staates der wirklichen Dienstleistung nicht gleichgestellt werden darf, wenn die Bestimmung ihre Wirksamkeit in jedem Falle äussern soll, haben wir bereits ausführlich gesprochen. Andererseits darf aber denjenigen Personen, welche aus irgend welchem gesetzlich vorgesehenen Grunde vor Ablauf der regelmässigen Frist für Abgabe der Verzichterklärung ihrer Dienstpflicht in einem anderen Staate nicht genügt haben, die inländische Staatsangehörigkeit nicht ohne Weiteres aufgezwungen werden. Um dieser Forderung zu entsprechen, ist eine Verlängerung der Frist für Abgabe der Verzichterklärung vorgesehen und im Zusammenhang damit der Zeitpunkt des Erwerbs der inländischen Staatsangehörigkeit entsprechend hinausgeschoben, um alle Streitfragen darüber von

vornherein abzuschneiden, ob der Vorbehalt der Verzichterklärung als suspensive oder resolutive Bedingung aufzufassen ist, und um der Staatsangehörigkeit in jedem Zeitpunkt jene Sicherheit zu geben, die ihre hohe Bedeutung für das öffentliche wie das private Recht verlangt. Die Verlängerung der Frist für Abgabe der Verzichterklärung durch behördliche Verfügung — statt kraft Gesetzes — wurde aus formellen Gründen für wünschenswerth erachtet: die Ausnahme von der Regel, dass ein fortgesetzter Aufenthalt im Inlande von der Vollendung des sechsten Lebensjahres bis zum Ablauf eines Jahres nach erreichter Volljährigkeit den Erwerb der inländischen Staatsangehörigkeit zur Folge hat, soll durch eine öffentliche Urkunde einer inländischen Behörde konstatirt werden, damit für den inländischen Verkehr jeder Zeit eine Feststellung dahin möglich ist, dass der Erwerb der Staatsangehörigkeit nicht eingetreten ist. Die Urkunde dient dem Inhaber allen inländischen Civil- und Militärbehörden gegenüber als Nachweis seiner Ausländereigenschaft, der nach Sachlage durch den Vorweis einer Bestätigung über den Besitz einer fremden Staatsangehörigkeit nicht unter allen Umständen als erbracht angesehen werden kann. Ueberdies wird durch eine derartige Verfügung die Feststellung der Staatsangehörigkeit für die Zukunft wesentlich erleichtert, wenn man ihr den Charakter eines Formalaktes in dem Sinne beilegt, dass eine Untersuchung darüber, ob bei Erlass der Verfügung die Voraussetzungen für den Erwerb der Staatsangehörigkeit und für die Verlängerung der Frist für Abgabe der Verzichterklärung gegeben waren, ausgeschlossen wird.

Im Anschlusse an eine Bestimmung, wie sie hier befürwortet wurde, kann dann unbedenklich eine Bestimmung dahin getroffen werden, dass die inländische Staatsangehörigkeit durch Erwerb einer fremden Staatsangehörigkeit verloren geht, womit der Besitz einer doppelten Staatsangehörigkeit für alle Fälle ausgeschlossen wird.

Soldatentestamente in China.

Von

Professor Dr. Richard Weyl in Kiel.

Bekanntlich ist es sehr zweifelhaft, ob die chinesischen Wirren als „Krieg“ betrachtet werden können, und nicht nur in der Tagespresse ist diese Frage erörtert worden, sondern auch in der „Juristenzeitung“ Jahrg. V No. 19 (1. Okt. 1900) S. 401 ff. durch Jellinek. Die Entscheidung ist von wichtigen praktischen Konsequenzen überall da begleitet, wo das Gesetz oder die Parteiabrede von „Krieg“ spricht und nicht etwa durch gleichzeitige Zusätze auch kriegsähnliche Ereignisse in Berücksichtigung zieht[1] und damit die Untersuchung, ob wirklich „Krieg“ vorliegt, entbehrlich macht. — Die Gesetze, welche Rechtsfolgen an den Kriegszustand knüpfen, gehören zum Teil dem öffentlichen Rechte an (z. B. Gerichtsverfassungsgesetz § 16, Strafgesetzbuch §§ 88 ff., 140 Abs. I No. 3, 329, Einführungsgesetz dazu § 4), zum Teil dem Privatrecht; so kommen neben einigen seerechtlichen Punkten (Handelsgesetzbuch §§ 669, 820 Abs. II No. 2, 848 f.) insbesondere zwei Begriffe des Bürgerlichen Rechts, die „Kriegsverschollenheit“ des

---

[1] Vgl. C.-P.-O. §§ 245 und 247 („in Folge eines Krieges oder eines anderen Ereignisses“ bezw. „durch Krieg oder durch andere Zufälle von dem Verkehre abgeschnitten“). — Aehnlich Handelsgesetzbuch § 547, Seemanns-Ordnung § 57 Abs. I No. 5.

B. G.-B. §§ 15 und 18 Abs. II[2] und das „Kriegstestament“ in Betracht. Nur auf letzteres soll hier eingegangen werden.

Es können nämlich Bedenken gegen die Anwendbarkeit des § 44 des Reichsmilitärgesetzes vom 2. Mai 1874 (R.-G.-Bl. S. 45) auftauchen, das für Militärpersonen im Kriege eine privilegierte Testamentsform gestattet, die wegen E.-G. z. B. G.-B. Art. 32 auch nach dem 1. Jan. 1900 in Kraft geblieben und sogar durch E.-G. z. B. G.-B. Art. 44 auf das Marinepersonal ausgedehnt worden ist. Ja, diese — unten genauer zu erörternden — Bedenken gegen die Zulässigkeit der Soldatentestamente in China liegen zum Teil so auf der Hand, dass ein einigermassen geschickter Anwalt, dem es darauf ankommt, ein in China errichtetes Soldatentestament umzustürzen, schwerlich verfehlen wird, sie heranzuziehen. Auch ist in der neuesten Litteratur, zwar nicht wegen der Soldatentestamente, wohl aber wegen der schon erwähnten Kriegsverschollenheit[3] mehrfach[4] betont

[2] Sonst gedenkt das Bürgerliche Gesetzbuch des Krieges nirgends; die civilrechtliche Bedeutung, welche er in älteren Kodifikationen z. B. als Kündigungsgrund für Miete und Pacht, als Voraussetzung der Pachtremission und für die Verjährung (Hemmniss ihres Beginnes) besass (vgl. A. L.-R. I 21 §§ 378f., 553ff., 573ff., I 9 §§ 522f.) ist teils verloren, teils in generellere Rechtssätze aufgegangen.

[3] Zu B. G.-B. § 15 will ich mich hier nicht äussern, einmal, weil die nachstehenden Erörterungen zum Teil analog verwertbar sind, und dann, weil für die Verschollenheit die Frage, ob ein „Krieg“ vorliegt, minder wichtig ist. Denn eventuell würde § 17 („sonstige Lebensgefahr“) eingreifen, der gleichfalls eine dreijährige Verschollenheit voraussetzt; freilich ist der Zeitpunkt, in welchem der Verschollene als todt zu betrachten ist (§ 18 II) und demnach die unter Umständen (z. B. für Erbschaftsanfall) sehr bedeutsame Dauer der Lebensvermutung (§ 19) beide Male verschieden.

[4] So von Cosack in seinem Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Jena 1898, Bd. I S. 64 sub α, von Hoelder in seinem Kommentar, München 1900 S. 111 sub 2 und am schärfsten von Gareis in seinem Kommentar, Berlin 1900, S. 26 sub 1, S. 27 sub 5. — Die Erlanger Inauguraldissertation von Ignatz Katz, Verschollenheit und Todeserklärung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, München 1899, bietet keine Interpretation des Begriffs „Krieg“, ebenso-

worden, dass sie einen wirklichen Krieg im Rechtssinne voraussetze.

Man darf meinen Erörterungen nicht von vornherein den Vorwurf machen, dass sie rein doktrinärer Natur seien, weil das Soldatentestament an Bedeutung verloren habe angesichts der reichlichen Auswahl anderer privilegierter Testamentsformen, die das B. G.-B. (§§ 2249 ff.) für die Reichsangehörigen vorgesehen hat, und vor allem angesichts der Aufnahme des holographischen Testamentes (B. G.-B. § 2231 No. 2) ins neue Reichsrecht. Freilich unterliegt zwar die theoretische Anwendbarkeit dieser anderen Testamentsformen durch Deutsche im Auslande nach den Grundsätzen des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch über das internationale Privatrecht (Art. 11 Abs. I in Verbindung mit Art. 24 Abs. I) keinem Zweifel[5], aber die praktische Handhabung dieser §§ 2231 No. 2 und 2249 ff. durch unsere Soldaten in China wird doch wesentlich eingeschränkt.

Denn das „Gemeindetestament" des § 2249 erfordert ausser den beiden Zeugen das Vorhandensein eines Gemeindevorstehers; das „Quarantänetestament"[6] des § 2250 setzt zwar eventuell nur drei Zeugen aber eine „Absperrung" des Ortes der Testamentserrichtung voraus und das „Seetestament" des § 2251 kann nur während der Hin- oder Rückbeförderung der Soldaten bezw. etwa während ihres Aufenthaltes auf einem Lazarettschiffe in Anwendung kommen, wie auch das „Marinetestament" des E.-G. z. B. G.-B. Art. 44 nur anwendbar ist, wenn sich der Testator an Bord befindet.

Das holographische Testament des § 2231 No. 2 endlich kommt nicht nur (§ 2247) für solche Testatoren in Fortfall, die

---

wenig die gesammte übrige Litteratur zu B. G.-B. § 15; dasselbe gilt von den Materialien (Mot. I S. 38, Kommissionsprot. I S. 6 f.)

[5] Vgl. auch NIEDNER's Kommentar zum Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 1899, S. 64 sub β, S. 30 sub 1, sowie z. B. CROME, System des Bürgerlichen Rechts, Freiburg und Leipzig 1900, Bd. I S. 159 Anm. 101.

[6] Wie es COSACK a. a. O. Bd. II S. 634 sehr glücklich benannt hat.

minderjährig sind oder Geschriebenes nicht zu lesen vermögen, sondern auch für alle Schreibensunkundigen und für alle — etwa wegen einer Verwundung bezw. Erkrankung — zum Schreiben unfähigen Personen. Aber auch von den an sich schreibenskundigen und -fähigen Soldaten ist ein erheblicher Teil so ungebildet, dass er zu einer vernünftigen Niederschrift seines letzten Willens ausser Stande oder mindestens nicht entschlusskräftig sein wird; dieser Umstand und das Interesse an inhaltlicher Fehlerlosigkeit der Testamente dürfte daher von selbst zur Befragung eines Offiziers, eines Auditeurs, eines Militärarztes oder eines höheren Lazarettbeamten (also der im R.-Mil.-G. § 44 sub 2b und c genannten Personen) und von diesem Schritte aus zu deren Beteiligung an dem Testierakte führen. Nicht zum Wenigsten steht aber einer ausgiebigen Anwendung des holographischen Testamentes der Umstand entgegen, dass es für die meisten Reichsangehörigen ein völliges Novum ist, von dem sie, und selbst die gebildeten Soldaten — Offiziere und Einjährige — noch keine Kenntnis haben.

Somit bleibt — zumal das sog. Diplomaten- oder Gesandtentestament ins Bürgerliche Gesetzbuch nicht übergegangen ist[7] — eine Reihe von Fällen übrig, in denen das Militärtestament in den Formen des § 44 sub 2b und c[8] die einzige Aushülfe bilden würde, und es ist, da unsere Expeditionstruppe fast 20000 Mann einschliesslich 800—900 Offizieren zählt, mit grösster Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass solche Soldatentestamente[9] in China

[7] Vgl. meine Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch Bd. II, München 1899, S. 386 zu Anm. 7.

[8] Wegen der Form sub a ist wichtig, dass sie nur eigenhändige Schrift und Unterschrift des Testators erheischt, sodass also bei Gültigkeit der Soldatentestamente in China auch solche Urkunden (z. B. Briefe in die Heimat) wirksam sind, denen entgegen B. G.-B. § 2231 No. 2 das korrekte Orts- und Zeitdatum fehlt.

[9] Aus dem Kreise der Kieler Marineauditeure (Marinekriegsgerichtsräte) ist mir mitgeteilt worden, dass in der That auf Anregung der vor-

bereits abgefasst worden sind und noch zur Abfassung gelangen werden, zumal manche instrumentierenden Offiziere oder Auditeure und manche als Zeugen (a. a. O. sub b) mitunterschreibenden Einjährigen gar keinen Zweifel an der Zulässigkeit dieser Form hegen werden.

Weiterhin wird man der nachstehenden Untersuchung ausser ihrer geschilderten aktuellen Bedeutung die Möglichkeit einer weiteren Bedeutung für ähnliche Konfliktsfälle einräumen müssen, die mit der Ausdehnung der deutschen Kolonialpolitik und der Vermehrung unseres Seekriegsmaterials in Zukunft leicht eintreten können. Und schliesslich spielt, wie bemerkt, auch abgesehen von den Soldatentestamenten, der Begriff „Krieg" im Civilrecht und in anderen Disziplinen der Jurisprudenz noch oft eine Rolle.

Um nun zum eigentlichen Thema überzugehen, so wird alles auf die Interpretation der Eingangsworte des § 44 ankommen:

„In Kriegszeiten oder während eines Belagerungszustandes können" gewisse Personen (die wir hier, da die Abgrenzung nicht näher interessiert, einfach als „Soldaten" bezeichnen wollen) „letztwillige Verordnungen unter besonders erleichterten Formen gültig errichten" (deren Gestaltung hier ebensowenig interessiert).

Wir stehen also wiederum gegenüber der Eingangs genannten Frage, ob die chinesischen Wirren „Krieg" sind.

Der Begriff „Krieg" ist unzweifelhaft ein völkerrechtlicher und ebenso unzweifelhaft ist es auf den ersten Blick, dass auch ein civilrechtliches Gesetz, wenn es mit diesem Begriffe operiert, dessen Bestimmung vom Völkerrecht zu entlehnen hat. Denn Civilrecht und Völkerrecht sind nicht heterogene Dinge,

---

gesetzten militärischen Behörden von unseren Soldaten in China viele Testamente errichtet worden sind; doch konnte man mir nicht angeben, in welcher Form dies geschehen sei, und auf die gütigst angestellten Erkundigungen ist die Antwort von dort noch nicht eingetroffen.

nicht disiecta membra; sie sind vielmehr lediglich Zweige desselben Baumes, Teile desselben Gebäudes, nämlich Einzelbestandteile des ganzen Rechtssystems, das nur aus rechtsphilosophischen, encyklopädistischen, methodischen, pädagogischen und Zweckmässigkeitsgründen von der Wissenschaft in grössere Gruppen differenziert worden ist, die aufs innigste in einander eingreifen und übergehen, so innig, dass die Grenzscheidung oft — wie dies namentlich der bekannte Gegensatz zwischen öffentlichem und Privatrecht[10] lehrt — überaus schwierig, bisweilen unmöglich ist.

Gegenüber der Heranziehung des Völkerrechts[11] ergeben sich nun aber doch andere Bedenken. Einmal ist es wohl diskutabel, ob nicht die privilegierten Testamentsformen allesamt und somit auch das Soldatentestament unter die internen Rechtsangelegenheiten des einzelnen Staates und seiner Bürger gehören, so dass also die Voraussetzungen und Begriffe des Völkerrechts hier überhaupt nicht massgebend sind, weil dieses die Beziehungen der Staaten zu einander, in ihrem wechselseitigen Verkehre[12] mit einander regelt. Sodann will ich auf den von Jellinek (a. a. O. S. 402f.) hervorgehobenen Umstand aufmerksam machen, dass China doch nicht dem völkerrechtlichen Verbande (der „Völkergesellschaft, -genossenschaft und -gemeinde“[13]) der Kulturstaaten zugezählt werden kann und will, und dass also unser Verhältnis zu China der Beurteilung nach völkerrechtlichen Grundsätzen entzogen ist, — ein Umstand, der vorliegend zu dem Ergebnisse leiten würde, dass es wegen der Soldatentestamente nicht auf das Vorhandensein des völkerrechtlichen Begriffes „Krieg“, sondern nur auf den thatsächlichen Kriegszustand ankäme.

---

[10] Vgl. dazu sehr ausführlich mein Lehrbuch des Reichsversicherungsrechts (Kranken-, Unfall-, Invaliditäts- und Altersversicherung), Leipzig 1894, § 169 S. 908ff., insbesondere S. 909.

[11] Sie erfolgt zu B. G.-B. § 15 besonders nachdrücklich durch Gareis (vgl. oben S. 116 Anm. 4).

[12] Rivier, Lehrbuch des Völkerrechts, Stuttgart 1889, S. 1.

[13] Rivier a. a. O. S. 4.

Aber auf diese völkerrechtliche Seite der Angelegenheit soll hier nicht eingegangen werden; ich will ihre Erörterung vielmehr den Völkerrechtslehrern überlassen und hier nur soviel andeuten, dass, wenn man einen „Krieg" nicht annehmen zu dürfen glaubt (etwa weil sich die Operation der Mächte nicht sowohl gegen die chinesische Regierung wie gegen die Boxer richtet), eine „bewaffnete Intervention" (Strafexpedition) vorliegen würde. Diese Auffassung klingt auch neuestens in der Denkschrift zu der dem Reichstag unterbreiteten Kostenvorlage durch [14]. Aber selbstverständlich ist diese Auffassung der Denkschrift ebensowenig massgebend wie die gegenteilige Auffassung des Publikums, das wohl grösstenteils einen Krieg [15] als vorhanden ansehen und sich über die Möglichkeit von Zweifeln wundern wird. Und auch die Auffassung der militärischen Kreise bis hinauf zum obersten Kriegsherrn [16] kann für die Deutung des Reichsmilitärgesetzes nicht entscheidend sein; hier würde es vielmehr einer authentischen Interpretation des Gesetzgebers — Reichstag und Bundesrat — selber bedürfen.

Nehmen wir also einmal die für unsere weitere Untersuchung ungünstigste Antwort als zweifellos richtig an, dass nämlich

---

[14] Auch der Staatssekretär des Auswärtigen Amtes hat in der Sitzung der Budetkommission bei Beratung der Chinavorlage am 4. Dez. 1900 erklärt, die Expedition sei als bewaffnetes Einschreiten gegen anarchistische Zustände aufzufassen.

[15] Eine förmliche Kriegserklärung ist (RIVIER a. a. O. S. 368f.) nicht notwendig, wohl aber seitens des angreifenden Teils — als den wir die verbündeten Mächte betrachten wollen — der Wille, den Kriegszustand eintreten zu lassen, der etwa durch die Mobilmachung dokumentiert wird.

[16] Die Kaiserliche Verordnung vom 15. Juli 1900 (Armee-Verordnungsblatt 1900 No. 22 S. 359) sagt: „1. Das ostasiatische Expeditionskorps ist vom Tage des Verlassens der einheimischen Gewässer als mobiler Truppenverband anzusehen; 2. Meine beiliegenden Verordnungen über die Strafrechtspflege bei dem Heere in Kriegszeiten vom 21. Dez. 1899 und über die Ausübung der Strafgerichtsbarkeit gegen Kriegsgefangene gelten von dem in Meiner Verordnung vom heutigen Tage bezeichneten Zeitpunkte."

der Begriff „Krieg“ stets nach Völkerrecht zu beurteilen und in casu concreto zu verneinen sei.

Dann käme es für den Versuch, dennoch die Anwendbarkeit des § 44 R.-Mil.-G. und damit die Gültigkeit der in China errichteten Soldatentestamente zu retten, zuvörderst darauf an, die ratio legis dieser Norm zu prüfen.

Diese ratio legis dürfte dahin gehen, sämtliche kriegerischen Unternehmungen, in welche Deutschland — sei es offensiv, sei es defensiv, im Inlande oder Auslande — verwickelt ist, als geeignete Voraussetzungen für Soldatentestamente zu betrachten. Es sind eben die besondere Lebensgefahr, welche den Krieger umschwebt, und die erschwerte Anwendbarkeit der normalen Testamentsförmlichkeiten für den Gesetzgeber die Veranlassung gewesen, Nebenförmlichkeiten leichterer Art zu schaffen. Dies besagt schon der Ausdruck[17] „in expeditionibus“, den die römischen Rechtsquellen[18] anwenden und von dem, sprachlich wenigstens, trotz des fünfzehnhundertjährigen Zwischenraumes die Brücke zu der „Strafexpedition“ gegen die Boxer und zur Entsendung des „ostasiatischen Expeditionskorps“ geschlagen ist, wenn wir folgende Quellenaussprüche als Stützpunkte betrachten[19]:

Codex Maximilianaeus Bavaricus vom Jahre 1756 (in der Formulierung der Kreittmayr'schen Anmerkungen) Th. III Kap. IV § 4[20]: „In Kriegszeiten und zwar während der Kampagne und Kriegsexpedition“[21];

---

[17] Er kehrt mit der Fassung „in expeditione“ wieder in der unten S. 126 Anm. 29 erwähnten Roemer'schen Rede a. a. O. S. 882.

[18] Pr. Inst. de militari testamento II 11: „videlicet cum in expeditionibus occupati sunt.“

[19] Zur Geschichte des Soldatentestaments vgl. aus der Zeit nach Erlass des Reichsmilitärgesetzes (vorher zuletzt noch Fitting, Zur Geschichte des Soldatentestaments, Halle 1866) namentlich die unten S. 12 erwähnte Dissertation von Steidle, sowie kurze Abrisse z. B. bei Mandry-Geib, Civilrechtl. Inhalt der Reichsgesetze (4. Aufl., Freiburg, Leipzig und Tübingen 1898) S. 618ff.

[20] Vgl. auch die unten S. 127 erwähnte Dissertation von Steidle S. 38.

Napoléons Code civil vom Jahre 1804 Art. 983: „Ceux qui seront en expédition militaire";

Codice civile del regno d'Italia vom Jahre 1865 Art. 802: „In militari spedizione per causa di guerra."

Doch auch rechtlich und bis zum R.-Mil.-G. § 44 wird sich diese Brücke schlagen lassen, wenn man beachtet, dass § 44 nicht etwa sagt „im Kriege", sondern „in Kriegszeiten". Legt man nämlich den Ton auf den zweiten Teil dieses Wortgebildes, so heisst das: „in kriegerischen Zeiten", „in Zeiten kriegerischen Charakters", und man wird zu der Annahme geführt[22], dass der deutsche Gesetzgeber in gleicher Weise wie die Römer nicht sowohl an den dem römischen Volke unbekannten spezifisch völkerrechtlichen Terminus „Krieg" gedacht hat, wie an „kriegerische Expeditionen" überhaupt und an die eigentümlichen Gefahren eines Krieges, die nicht bloss von feindlichen Geschossen sondern auch von den Missständen im Lagerleben, von Seuchen und dgl. drohen. — Auch dass § 44 zwar gleich seinem un-

---

[21] Vgl. auch ebenda folgende Worte: „Kriegsleute, welche 6to weder im Feld noch im Streite sind, testieren nicht jure militari, sondern wie andere, jure paganico et communi. Unter dem Streit sind 7mo nicht nur Bataillen, sondern auch Approchen und Ausfälle in Belagerungen, dann auch alle anderen, auch geringen, Scharmützel verstanden. 8vo. Wenn man im wirklichen An- oder Abmarsch, in Blockaden oder Belagerungen, auf dem Kommando in Rekognoszierung des Feindes oder diesseitiger Bedeckung, und anderen dergleichen Kriegsexpeditionen begriffen ist, oder auch in solchen Plätzen, Festungen oder Kantonierungsquartieren liegt, welche dem feindlichen Ueberfall exponiert sind, so ist es eben so viel, als wenn man wirklich im Lager oder freiem Felde kampiert." — Gleich dieser Stelle zeigt auch das Preussische Allgemeine Landrecht v. J. 1794 die Tendenz weiter Auffassung; vgl. A. L.-R. I 12 (nicht I 2, wie Steidle a. a. O. S. 38 citiert) § 177: „während der Kriegsunruhen" und dazu Anhang § 36: „ohne Unterschied, ob der Aufsatz in einer gegenwärtigen Kriegsgefahr oder ob derselbe in Kantonierungs- oder Winterquartieren errichtet worden."

[22] Gegen diese Annahme lässt sich aber geltend machen, dass die C.-P.-O. in §§ 245 und 247 beide Ausdrücke („Krieg" und „Kriegszeiten") promiscue gebrauche.

mittelbaren Vorläufer, dem entsprechenden § 5 eines preussischen Gesetzes vom Jahre 1860[23], aber im Gegensatze zu den älteren Quellen den Zusatz führt „oder während eines Belagerungszustandes“, giebt als legislatorischen Willen die Idee zu erkennen, alle „Zeiten“ zu umfassen, die wegen einer bewaffneten militärischen Aktion im weitesten Sinne die normalen Testamentsformen gar nicht oder schwerer zugänglich machen und sich darum als einen „die privilegierte Form zulassenden Ausnahmezustand“ (§ 44 cit. sub 4) betrachten lassen[24]. — Gegenüber dieser weitergehenden Interpretation des Wortes „Kriegszeiten“ zu behaupten, der Gesetzgeber habe ein Novum einführen und den inzwischen mit Ausbildung des Völkerrechts abgeklärten Begriff des Krieges im engsten Sinne in das Reichsrecht einverleiben wollen, wäre meines Erachtens nur angänglich, falls ein sicherer Halt für die Annahme gegeben wäre, dass das Trägheits- und Beharrungsprinzip hier ausnahmsweise nicht Platz greife.

Vergessen wir doch auch Folgendes nicht: Als im Jahre 1860 das preussische und im Jahre 1874 das Reichsgesetz erging, konnte man an Fälle der jetzigen Art nicht denken, weil man Kriege nur mit den benachbarten Staaten zu befürchten hatte und alsdann die Anwendung der völkerrechtlichen Grundsätze, insbesondere sogar eine offizielle Kriegserklärung, ausser Zweifel gewesen wäre. Wie vermochte man damals zu ahnen, dass sich in einem Vierteljahrhundert ungetrübten Friedens Deutschlands Seemacht und Deutschlands Kolonialpolitik so mächtig entfalten würden? Hätte man das aber vorausgesehen,

---

[23] Preuss. Gesetz betr. die Befugnis der Auditeure zur Aufnahme von Akten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die Förmlichkeiten der militärischen Testamente und die bürgerliche Gerichtsbarkeit über preussische Garnisonen im Auslande. Vom 8. Juni 1860. (G.-S. S. 240 ff.)

[24] Aehnlich offenbar der Grundgedanke im Preussischen Allgemeinen Landrecht a. a. O. Dem gegenüber wäre es doch ein Rückschritt, wenn das oben Anm. 23 genannte preuss. Gesetz nur an Zeiten eines Krieges im völkerrechtlichen Sinne gedacht hätte.

so hätte man auch sicherlich dem Soldatentestamente den weitesten Spielraum gewährt und es sogar höchstwahrscheinlich gerade auf solche Fälle transmariner Konflikte mit rohen, heimtückischen Gegnern in wirtschaftlich minder kultivierten Gebieten ausgedehnt, wo diese privilegierte Form um so angebrachter ist.

Spricht somit die ratio legis für eine erweiterte Auffassung des Wortes „Kriegszeiten“, so ist allerdings dagegen der Einwand zu erwarten, dass das Soldatentestament, wie § 44 cit. selber mehrfach sagt, sich als eine „privilegierte militärische letztwillige Verfügung“ darstellt und dass Privilegien bekanntlich strikt zu interpretieren sind. Dieser Grundsatz, dessen Tragweite übrigens nicht unbestritten ist[25], gilt nun sowohl für die privilegia personarum wie für die privilegia causarum — unter beide Rechtsinstitute lässt sich das Soldatentestament stellen — und bezieht sich nicht bloss auf den materiellen Inhalt des Privilegs, sondern auch auf die materiellen Vorbedingungen seiner Anwendbarkeit. Ebensowenig wie die Konkurs- und Zwangsvollstreckungsprivilegien Geltung haben, wenn ein Konkurs oder eine Zwangsvollstreckung im technischen Sinne nicht vorliegt, ebensowenig kann ein „Kriegstestament“ gültig abgefasst werden, wenn kein „Krieg“ vorliegt, und diese thatsächliche Voraussetzung des Privilegs wird man mithin auf ihr engstes Gebiet einschränken müssen. — Aber, so erwidere ich, enthält denn die von mir vertretene Auffassung der ratio legis im Grund eine extensive Interpretation des Privilegs selber, also des subjektiven Rechts, und nicht vielmehr eine erweiterte Auslegung der dem Privileg zu Grunde liegenden Norm, also des objektiven Rechts? Ist also hier nicht eigentlich ein Beispiel von Gesetzesanalogie gegeben?

Während uns für die Ermittelung des gesetzgeberischen Willens die ganze Entwickelungsgeschichte des Soldatentestamentes

---

[25] Vgl. WINDSCHEID-KIPP, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., Frankfurt a. M. 1900, Bd. I S. 104.

zu Hilfe kam, lässt uns übrigens die parlamentarische Sondergeschichte des R.-Mil.-G. § 44 ganz und die zu ihm vorhandene Litteratur fast ganz im Stiche.

Im Entwurfe[26] (§ 38) mit der endgültigen Norm der Hauptsache nach gleichlautend wurde unser Paragraph in den Motiven[27] wesentlich nur von dem Wunsche begleitet, mit Rücksicht auf die Zusammensetzung des Reichsheeres aus verschiedenen Kontingenten und auf die Mischung dieser Kontingente aus Angehörigen verschiedener Staaten und Rechtsgebiete einen einheitlichen Rechtszustand herzustellen. Die Aeusserungen des Berichterstatters Dr. STEPHANI[28] sind nur eine Paraphrase jener Begründung und die Rede des Abgeordneten Dr. ROEMER (Württemberg)[29] bezieht sich nur auf dessen — bei der Abstimmung gescheiterten[30] — Antrag[31], in einem Zusatze zu § 38 ein bloss mündliches Testament für die im Gefecht befindlichen Soldaten zuzulassen.

Was nun die Litteratur betrifft — die Judikatur hat während der Friedensära nicht Gelegenheit gehabt, sich zu äussern[32]

---

[26] Stenogr. Bericht über die Verhandlungen des Deutschen Reichstags, 2. Legislaturperiode, I. Session, 1874, Bd. III (Anlagen), Berlin 1874, S. 33 ff.

[27] Ebenda S. 48 ff., zu § 38 insbesondere S. 54.

[28] A. a. O. II S. 881 der Verhandlungen.

[29] Ebenda S. 881 ff.

[30] Ebenda S. 885.

[31] A. a. O. I S. 450 sub II d.

[32] In den Registern zu den Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen und in Strafsachen und z. B. auch bei SEUFFERT fehlt das Wort „Krieg" gänzlich, im Generalregister zu den Entscheidungen des Preuss. Obertribunals, Berlin 1879, S. 258 begegnet es zwar in mehrfachem Zusammenhange, mit Bezug auf das Soldatentestament aber nur unter Hinweis auf eine Entscheidung in Bd. 68 (1873) No. 5 S. 59 ff., die, zu § 14 des oben Anm. 23 genannten Preuss. Gesetzes ergangen, den Beginn der Testierbefugnis eines Landwehrmannes vom Jahre 1870/71 im Besondern erörtert, im Uebrigen aber S. 61 sagt: „‚Kriegszeiten', welcher Fall unbestritten vorhanden war."

— so glaube ich, sie vollständig durchgesehen zu haben, ohne jedoch eine erhebliche Ausbeute zu finden.

Es giebt meines Wissens[33] nur einen Kommentar[34] zum Reichsmilitärgesetz (Würzburg 1898), verfasst vom Auditeur Dr. Eduard STEIDLE, dessen Erlanger Inauguraldissertation (Würzburg 1893) bereits dem Soldatentestament gewidmet war und der über dies Thema auch einen Vortrag im Militär-Wochenblatt 1893[35] veröffentlicht hat. Ausser diesen Spezialarbeiten, ausser der Schrift von DAUDE, Die bürgerlichen Rechtsverhältnisse der Militärpersonen des deutschen Heeres und der Kaiserlichen Marine (2. Aufl., Berlin 1887)[36] und ausser dem das Reichsmilitärrecht behandelnden Aufsatze[37] von SEYDEL in Hirths Annalen 1874 (S. 1035 ff.) und 1875 (S. 53 ff., 1081 ff., 1393 ff.)[38] kamen als Werke, welche den § 44 cit. mehr oder minder eingehend erörtern, noch die Lehrbücher[39] und Kommentare[40] zum

---

[33] Die Kenntnis dieses Kommentars verdanke ich Herrn Dr. jur. GEORG MAASS (jetzt Bibliothekar beim Reichsmilitärgericht, bisher Bibliothekar beim Reichsgericht und rühmlichst bekannt als Herausgeber der wertvollen Bibliographie des bürgerlichen Rechts, Berlin 1899 und 1900), der mir mitteilte, dass ihm ein anderer Kommentar auch nicht bekannt sei.

[34] Als Kommentare lassen sich kaum bezeichnen und zum Ausdruck „Kriegszeiten" schweigen jedesfalls gänzlich die beiden mit kurzen Erläuterungen versehenen Ausgaben des Reichsmilitärgesetzes v. HIERSEMENZEL, Berlin 1875 und HÖINGHAUS, Berlin 1874. Kein Material zu unserer Frage bietet auch die Schrift: Die Militärgesetze des Deutschen Reichs mit Erläuterungen, herausgegeben auf Veranlassung des Königl. preuss. Kriegsministeriums, Berlin 1877, Bd. I sub II 43.

[35] No. 96 S. 2514 ff., 97 S. 2533 ff., 98 S. 2556 ff.

[36] DAUDE beschränkt sich S. 166 ff. auf Abdruck des § 44 cit.

[37] Ein Aufsatz von THUDICHUM in Holtzendorff's (jetzt Schmoller's) Jahrbüchern für Gesetzgebung des Deutschen Reichs II S. 87 ff. stammt noch aus dem Jahre 1873.

[38] Insbesondere zum Militärtestament a. a. O. S. 1483 ff.

[39] Z. B. COSACK, Jena 1900, Bd. II S. 635, ENDEMANN, Berlin 1899, Bd. III S. 134 ff., ENGELMANN, Berlin 1900, S. 736, ENNECCERUS und LEHMANN, Marburg 1900, Bd. II S. 552, MATTHIASS, 3. Aufl., Berlin 1900, Bd. II S. 413/414, MÜLLER und MEIKEL, München 1899, Bd. II S. 379, WEYL, München 1899, Bd. II S. 385.

B. G.-B. sowie die nach 1874 erschienenen Lehrbücher u. s. w. des gemeinen, deutschen und partikularen Privatrechts[41] und des Reichs- oder Partikularstaatsrechts (Verfassungs- und Verwaltungsrecht)[42], endlich die Speziallitteratur des Erb- bezw. Testamentsrechts[43] in Betracht.

Das Ergebnis dieser meiner Enquête[44] ist, wie gesagt, für unsere Frage ein sehr dürftiges. Ein Teil der Schriften[45] lässt gerade die Worte „in Kriegszeiten" ganz fort; die meisten Bücher nennen diese Worte zwar, aber interpretieren sie nicht weiter, und ausser STEIDLE nimmt nur DERNBURG, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs. Bd. III (4. Aufl., Halle 1896) S. 350 Anm. 10 zu diesem Ausdrucke Stellung, indem er bemerkt „Ob Kriegszeiten vorhanden

---

[40] Z. B. NIEDNER, Das Einführungsgesetz, Berlin 1899, S. 106, FROMMHOLD, Berlin 1900, S. 229.

[41] Z. B. BESELER, 4. Aufl., 1885 S. 667, BRINZ, 2. Aufl., 1886, Bd. III S. 58f., DERNBURG, Pandekten, 4. Aufl., 1894, Bd. III S. 140, FOERSTER-ECCIUS, 6. Aufl., 1893, Bd. IV S. 368, GENGLER, 4. Aufl., 1892, S. 717, KRAUT-FRENSDORFF, 6. Aufl., 1886, S. 376, MANDRY-GEIB, 4. Aufl., 1898, S. 618ff., ROTH, Bayrisches Civilrecht, 2. Aufl., 1898, S. 102ff., STOBBE, 1. u. 2. Aufl., 1885, Bd. III S. 232ff., WINDSCHEID, 7. Aufl., Frankfurt a. M. 1891, Bd. III S. 36 Anm. 6a.

[42] Z. B. LABAND, 3. Aufl., 1895, Bd. II S. 699, GEORG MEYER, 2. Aufl., 1885, S. 584ff., ZORN, 2. Aufl., Berlin 1897, Bd. II S. 623f.

[43] Zum neuen Civilrecht kamen in Betracht ALBRECHT, Der Inhalt gültiger Testamente, 3. Aufl., Leipzig 1897, BOEHM, Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl., Hannover 1900, S. 87, EICHHORN, Das Testament, 3. Aufl., Berlin 1899, S. 123 sub 9, MARCUS, Privattestament und Nottestament, Berlin 1899, MEISCHEIDER, Die letztwilligen Verfügungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig 1899, S. 45ff., PELARGUS, Das Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, Stuttgart 1899, S. 48ff. — Das Buch von BORCHERDT, Erbrecht und Nachlassbehandlung, Berlin 1900, Bd. I, behandelt die Testamentsformen noch nicht.

[44] Was die Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch betrifft, so kommen ausser denen zu B. G.-B. § 15 (oben S. 116 Anm. 4) nur die zu E.-G. z. B. G.-B. Art. 44 in Frage; hier schweigen aber sowohl die Motive zum E.-G. (damals Art. 26 des Entwurfs) S. 138 wie die Kommissionsprotokolle Bd. VI S. 596 über den Begriff „Krieg".

[45] Z. B. WINDSCHEID a. a. O.

waren, ist thatsächliche Frage. Es bedarf nicht notwendig einer Kriegserklärung. Auch im Innern können Kriegszeiten durch Aufruhr eintreten. Der Belagerungszustand dagegen ist immer vorhanden, wenn er amtlich erklärt ist." — STEIDLE meint in seiner Dissertation S. 50 f. und im wesentlichen wörtlich übereinstimmend in seinem Vortrage[46] Militär-Wochenblatt a. a. O. S. 2517: „Voraussetzung zur Errichtung eines Soldatentestamentes . . . ist die Mobilmachung und zwar Kriegszeiten einer- und Belagerungszustand andererseits. Ob Kriegsfall vorliegt, würde nach Art. 11, ob Belagerungszustand nach Art. 68 der Verfassung des Deutschen Reiches vom 16. April 1871 zu beurteilen sein. Daraus ergiebt sich zweifelsohne, dass auch in Friedenszeiten unter gewissen Voraussetzungen das Soldatentestament gewährt wird[47]. Es ist diese Bestimmung ein Zurückgreifen auf die älteste römische Zeit, wo „bei Unruhen" das Privileg galt, seien sie politischer oder sonstiger Natur, und ist dies nur zu begrüssen. In unserer Zeit der Strikes könnte sie noch öfters zu praktischer Verwendung kommen."

Da dieser Fall des „Belagerungszustandes" (Unruhen im Innern, Strike) hier nicht interessiert, bleibt aus den Aeusserungen von DERNBURG und STEIDLE für unsere Frage nur der Gegensatz zu konstatieren, dass nach DERNBURG für „Kriegszeiten" die Kriegserklärung entbehrlich, nach STEIDLE (weil er auf Art. 11 der Reichsverfassung verweist) unentbehrlich ist (die Mobilmachung, von welcher STEIDLE gleichfalls spricht, ist in unserm Spezialfalle zweifellos erfolgt[48]), so dass also konsequenter Weise

---

[46] Auf beide Publikationen nimmt er in seinem Kommentar S. 249 Bezug, ohne in diesem auf unsere Fragen einzugehen.

[47] In dem Vortrage schieben sich hier die Worte ein: „so z. B. in Elsass-Lothringen, solange über diese Gebietsteile der kleine Belagerungszustand verhängt ist, aber nur unter den weiteren Voraussetzungen: Verlassen der Garnison (des Wohnorts) im Dienst oder Angriff oder Belagerung daselbst".

[48] Vgl. die oben S. 121 Anm. 16 erwähnte Kaiserliche Verordnung.

Dernburg die in China errichteten Soldatentestamente als gültig, Steidle als ungültig betrachten würde.

Wenngleich sich nun aus meiner Darstellung ergiebt, dass ich den Dernburg'schen Standpunkt teile, so dürfte die vorstehende Untersuchung immerhin erkennen lassen, dass auch gegen die Gültigkeit der Soldatentestamente in China mancherlei Argumente in Erwägung zu ziehen sind.

Ich will daher nicht nur mit einem Appell an die Juristenwelt — diesmal insbesondere auch die Auditeure — schliessen, über obige Frage (und auch über analoge Fragen, wofür ich ja S. 115 Beispiele gegeben habe) in die Debatte einzutreten, ich will vielmehr auch prophylaktische Massregeln empfehlen, um für alle Fälle den Soldatentestamenten in China Rechtsbeständigkeit zu sichern.

Die zweckmässigste Massregel wäre hier zweifellos Erlass eines Reichsgesetzes, möge sich dies als authentische Interpretation des R.-Mil.-G. § 44 darstellen oder allgemeiner gefasst und auf alle einschlägigen reichsrechtlichen Normen gemünzt sein. Daneben könnte aber auch die Heeresverwaltung eingreifen, indem sie Offiziere, Auditeure, Militärärzte und höhere Lazarettbeamten in China unter Hinweis auf die Zweifel an der Gültigkeit eigentlicher Soldatentestamente darauf aufmerksam macht, schlimmstenfalls (d. h. im Falle der Schreibensunkenntnis oder thatsächlichen Behinderung des Testators) zwar bei derartiger Testiermethode mitzuwirken, wenn jedoch irgend angänglich, die Errichtung eines holographischen Testamentes gemäss B. G.-B. § 2231 No. 2 zu veranlassen, das ja ein ungebildeter Testator nach einem von dem Auditeur u. s. w. angefertigten Konzepte lediglich abschreiben dürfte, aber zugleich mit eigenhändiger Angabe des Ortes und Tages und mit seiner Namensunterschrift versehen müsste.

Quellen und Entscheidungen.

Kapitalabfindung der Rentenberechtigten.

Von

Kreisgerichtsrath Dr. B. Hilse, Berlin.

Die auf Grund des Unfallversicherungsgesetzes vom 6. Juli 1884, des Ausdehnungsgesetzes vom 28. März 1885 und des Landwirthschaftlichen Unfallversicherungsgesetzes vom 5. Mai 1886 zu entschädigenden Personen konnten ebenso wie die nach dem Bauunfallversicherungsgesetz vom 11. Juni 1887 und dem Seeunfallversicherungsgesetz vom 13. Juli 1887 schadlos zu haltenden bloss in dem Falle durch Kapitalzahlung abgefunden werden, wenn sie als Ausländer dauernd in das Ausland zurückkehrten. Doch bestand zwischen beiden Gruppen der Bezugsberechtigten insofern eine Unterscheidung, als bei letzteren (§ 39 bzw. § 75 Abs. 2) auf den dreifachen Jahresbetrag der Rente die Abfindung festgesetzt wurde, während bei ersteren deren Höhe unter Berücksichtigung der zutreffenden Verhältnisse in jedem Einzelfalle zu bestimmen ist. Dieser Rechtszustand änderte sich mit dem 1. Okt. v. J. Denn zufolge § 95 Gew.-Unf.-Vers.-G., § 101 Landw.-Unf.-Vers.-G., § 99 See-Unf.-Vers.-G. in der Fassung des Gesetzes vom 30. Juni 1900 sind sämmtliche in das Ausland zurückkehrenden Ausländer mit dem dreifachen Jahresbetrage durch Kapital abzufinden, während auch die Ablösung der Renten

von Inländern neu eingeführt wurde. Letztere ist allerdings nur beschränkt zugelassen; denn sie wird nur hinsichtlich derjenigen Bezugsberechtigten gestattet, welchen als freien Arbeitern bei nur theilweiser Erwerbsunfähigkeit höchstens 15 Prozent der Vollrente zugebilligt wurde, während die nach dem Gesetz vom 30. Juni 1900 betr. die Unfallfürsorge für Strafgefangene entschädigten unfreien Arbeiter noch bis zu 20 Prozent der Vollrente abfindbar sein sollen. Diese scheinbare Bevorzugung der unfreien vor den freien Betriebsverletzten beruht auf dem zufälligen Umstande, dass in der Regierungsvorlage durchweg 20 Prozent vorgeschlagen, welche erst in der dritten Lesung der Unfallgesetze im Reichstage auf 15 Prozent ermässigt wurden, während es übersehen ist, eine dementsprechende Uebereinstimmung in dem Unfallfürsorgegesetze herbeizuführen.

Bezüglich der Kapitalabfindung für derarte Inländer sind die Berechnungsgrundsätze beibehalten, welche nach § 67 des Gesetzes vom 6. Juli 1884 bzw. § 72 des Gesetzes vom 5. Mai 1886 bisher galten. Zu Folge der Motive zu § 95 Gew.-Unf.-Vers.-G., § 101 Landw.-Unf.-Vers.-G., § 99 See-Unf.-Vers.-G. muss deren Höhe nach der durch das Lebensalter und die körperliche Beschaffenheit des Berechtigten bedingten voraussichtlichen Dauer des Rentenbezuges abgestuft werden. Diese Begründung stimmt überein mit der Rechtsüberzeugung des Reichsversicherungsamtes, wie solche in den Rekurs-Entscheidungen No. 585 vom 14. Mai 1888 und No. 1198 vom 2. Nov. 1891 Ausdruck fand, wonach die zu zahlenden Abfindungen so zu bestimmen sind, dass sie — in Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls — nach billigem Ermessen als ein ausreichender Ersatz desjenigen Schadens erscheinen, welcher für den Betriebsverletzten durch den Unfall entstanden ist. Nach dem gesetzgeberischen Willen erscheint eine Anlehnung an den Grundsatz im § 9 C.-P.-O. ausgeschlossen, wonach der Werth des Rechts auf wiederkehrende Nutzungen oder Leistungen auf den zwölfeinhalbfachen Betrag des einjährigen Bezuges berechnet wird, wenn der künftige Wegfall des Bezugsrechtes gewiss, die Zeit des Wegfalls aber ungewiss ist, jedoch dem ungeachtet nicht dem freien und beliebigen

Ermessen der Berufsgenossenschaft anheimgestellt, in welchem Betrage sie die Kapitalabfindung gewähren will. Nach dieser Richtung hin erscheint sie vielmehr an die gleichen Grundsätze gebunden, welche nach § 10 des Gesetzes vom 11. Juli 1887 für die nach dem Kapitaldeckungsverfahren festzusetzenden Prämien und Rücklagen der Tiefbauberufsgenossenschaft massgebend sein sollen. Wie für Aufbringung der erforderlichen Mittel zur Schadloshaltung der eingetretenen Betriebsverletzungen, so wird auch bei Festsetzen des Werthes der Kapitalabfindung sie sich an die Berechnungsgrundsätze anzulehnen haben, welche die Bekanntmachung des Reichsversicherungsamtes vom 26. Jan. 1889 (Amtl. Nachr. S. 80) bezw. vom 5. Febr. 1894 (Amtl. Nachr. S. 147) enthält, mithin der dieser beigefügte Tarif zur Berechnung des Kapitalwerthes der Renten wie dort auch hier Platz greifen müssen, welcher erstere den Beharrungszustand auf das 32. bis 35. Lebensjahr mit 14,5 annimmt und ein Steigen von 9,2 bis dahin sowie einen Rückgang von da ab bis 1,3 im 99. Lebensjahre vorsieht.

Um einem Herabdrücken der Kapitalabfindung Seitens der Berufsgenossenschaft vorzubeugen, wird angeordnet, dass in der Form des regelmässigen Feststellungsbescheides der Antrag des Bezugsberechtigten auf Kapitalabfindung zu erledigen ist, dessen Inhalt durch die Berufung, aber nicht auch durch Rekurs, anfechtbar sein soll und nach dem Ermessen der höheren Instanz berichtigt werden kann. Es unterliegt der Nachprüfung des Schiedsgerichtes jedoch nicht die Frage, welcher Abfindungsbetrag angenommen sein würde, sondern nur die Frage, ob der mittelst des anfochtenen Bescheides thatsächlich bewilligte Betrag ausreichend bemessen sei. Ist letzteres im Einzelfall zu verneinen, so hat die angerufene Instanz ihre Entscheidung auf die Wiederherstellung des vor dem Erlass des Bescheides vorhanden gewesenen Rechtszustandes zu beschränken, also lediglich den Abfindungsbescheid aufzuheben und die Verurtheilung der Berufsgenossenschaft zur Fortgewährung der bisherigen Rente auszusprechen. Auch ist dem Bezugsberechtigten das Recht gewahrt, bis zur Entscheidung des Schiedsgerichtes seinen gestellten Antrag zurückzuziehen.

Bis hierher können ernstliche Bedenken und Zweifel kaum aufstossen und würde deren Widerlegung bzw. Zurückführung auf den gesetzgeberischen Willen leicht begründbar sein. Allein schwerwiegend und nicht zweifelsohne ist die Frage, ob auch die dem Beamten- bzw. Soldatenstande angehörenden nach den Grundsätzen der Gesetze vom 15. März 1886 bzw. 18. Juni 1887 entschädigten Empfänger einer Unfallrente Anspruch auf Kapitalabfindung haben. Nach deren §§ 11 bzw. 13 finden im Allgemeinen auf dieselben die Rechtsregeln der Unfallversicherung keine Anwendung. Auch fehlt in dem Hauptgesetze vom 30. Juni 1900, wo dies hätte geschehen sollen, eine Bezugnahme hierauf. Dies würde zwar als Argument dafür gelten können, dass der Gesetzgeber eine Gleichstellung derselben mit den sonstigen Unfallrentenempfängern nicht gewollt habe; allein aus dem leitenden Grundgedanken und dem dahin abzielenden Endzwecke der Vorschrift, die Träger der Versicherung aus der Kontrolle des Körperzustandes der Rentenempfänger sowie der Rentenzahlungen zu entlasten, auch den Bezugsberechtigten den Zeitaufwand bei Beschaffen der polizeilichen Bescheinigung unter der Quittung und bei Abhebung derart geringfügiger, einen wirthschaftlichen Werth kaum darstellender Beträge abzunehmen, darf mit Sicherheit darauf geschlossen werden, dass auch sie mitgetroffen werden sollten. Solches folgt in Sonderheit aus der Thatsache, dass im § 16 des Gesetzes vom 30. Juni 1900 für die erst neu der Unfallfürsorge unterstellten Strafgefangenen an dem gleichen Grundsatze festgehalten wurde, aber es an einem Anhalt fehlt, weshalb diese günstiger gestellt sein sollten als jene. Demungeachtet ist in maassgebenden Kreisen die Erkenntniss gereift, dass es richtiger sei, für Beseitigung etwaiger Bedenken auf gesetzgeberischem Wege zu sorgen, und sind die diesbezüglichen Vorarbeiten bereits im Gange, um durch ein Reichs- bzw. Landes-Gesetz die Kapitalabfindung derarter Betriebsverletzten zu regeln.

Literatur.

Dr. **Ludwig Lass**, Kaiserlicher Regierungsrath im Reichsversicherungsamt, und Dr. **Friedrich Zahn**, Kaiserlicher Regierungsrath im Kaiserlichen Statistischen Amt, Einrichtung und Wirkung der deutschen Arbeiterversicherung. Denkschrift für die Weltausstellung zu Paris 1900, bearbeitet im Auftrage des Reichs-Versicherungsamtes. Berlin, Verlag von A. Asher & Co, 1900. 244 S. mit 4 Taf. und 1 farb. Karte. gr. 8°. M. 4.—.

Die Arbeiterversicherung war schon im Jahre 1889 Ausstellungsobject. Sie war es diesmal wieder und konnte sich diesmal auch mit noch mehr Grund sehen lassen. Denn die inzwischen verflossenen Jahre haben erst den Beweis der Lebensfähigkeit dieser Einrichtung erbracht. Schon der frühere Präsident des Reichsversicherungsamtes hat durch amtliches und literarisches Wirken viel gethan, um die Bekanntschaft des Auslandes mit unserer Einrichtung zu fördern. Der gegenwärtige Präsident thut desgleichen. Er hat die obige, von zwei Kaiserlichen Regierungsräthen angefertigte Schrift selbst mit einem kurzen einleitenden Vorwort versehen.

In der That, die Arbeiterversicherung ist für die Welt beachtenswerth. Ein gemeinsamer Zug des staatlichen Lebens aller Culturvölker unserer Zeit ist die im Werden begriffene rechtliche Gestaltung des Klassenrechtes der Arbeiter. Die Arbeiterversicherung, als die auf Zwang beruhende, in die Form der Versicherung gekleidete Fürsorge für erwerbsunfähige Arbeiter, ist einer der bedeutendsten Schritte der Gesetzgebung auf dem Wege zu einem Klassenrecht der Arbeiter.

Die vorliegende Denkschrift begleitete als der amtliche Leitfaden eine Reihe von graphischen Tafeln, Modellen etc. nach Paris und bot den Besuchern der Ausstellung, welche dazu Zeit und Interesse hatten, die Gelegenheit, über diese deutsche Einrichtung sich recht übersichtlich zu unterrichten.

Auch Kataloge können das Ergebniss mühevoller und nahezu wissenschaftlicher Arbeit sein. Viel mehr freilich als ein solcher Katalog der Arbeiterversicherung konnte auch diese Denkschrift nicht sein wollen.

Officielle Darstellungen staatlicher Einrichtungen, mögen sie in der Form des Commentars oder der Denkschrift erscheinen, tragen auch nothwendiger Weise stets das Gepräge einer gewissen amtlichen Einseitigkeit. Kritik der bestehenden Einrichtung ist so gut wie ausgeschlossen. Eine Berücksichtigung der Literatur findet wenigstens nicht in der bei wissenschaftlichen Publicationen üblichen Weise statt. Es kann deshalb an solche Veröffentlichung auch nicht wohl eine wissenschaftliche Kritik angelegt werden, um so weniger, wenn der Zweck der Veröffentlichung wie hier ein ausgesprochen politischer ist.

In der Einleitung des ersten, die Einrichtung behandelnden Theils, welcher aus der Feder L. Lass' stammt, finden wir manche Anklänge an frühere Darstellungen der Entstehungsgeschichte der Arbeiterversicherung. Weder Raum noch Zweck gestatteten grössere Ausführlichkeit. Die „Kaiserliche Botschaft Kaiser Wilhelms des Grossen vom 17. November 1881" hat mit dem etwas bombastischen Epitheton von Woedtke's als „magna charta der Socialpolitik des Deutschen Reichs" in den einschlägigen Sätzen wörtliche Aufnahme gefunden. Des Fürsten von Bismarck, welcher im Wesentlichen der politische Urheber der Arbeiterversicherung war, ist hier nicht gedacht. Im Uebrigen giebt der erste Theil eine sehr brauchbare Uebersicht des Inhaltes der Gesetze. Dem Zweck der Denkschrift hätte vielleicht eine weniger detaillirte, dafür aber die rechtlichen Grundlagen schärfer beleuchtende Darstellung auch entsprochen.

Der zweite, von Fr. Zahn verfasste Theil wiederholt in seiner Einleitung im Wesentlichen das in der Einleitung zum ersten Theil Gesagte, namentlich auch die Worte jener Reichstagseröffnungsrede vom 17. November 1881. Es ist hier auch erwähnt, dass der in dieser Rede niedergelegte „Standpunkt Kaiser Wilhelms I." vom Reichskanzler Fürsten von Bismarck „angelegentlich befürwortet" worden ist. Im Uebrigen enthält der zweite Theil in seinem 1. Abschnitt eine sehr verdienstvolle und gründliche wie auch anschauliche Zusammenstellung der Statistik der Arbeiterversicherung; ihr Umfang, ihre Organisation und namentlich ihre Leistungen sind hier nach jeder Richtung hin befriedigend veranschaulicht. Verf. begnügt sich aber nicht mit dieser rein statistischen Uebersicht, sondern er entwickelt in einem zweiten Abschnitt auch die Einwirkung der Arbeiterversicherung auf die sociale Stellung des Arbeiters und des Unternehmers, sowie auf die financiellen und socialen Verhältnisse der Gemeinden und der Gesammtheit. Wenn wir auch in dieser Darstellung keine abschliessende Erörterung über die Wirkungen der Arbeiterversicherung suchen dürfen, so liegt doch zweifellos ein sehr bedeutsamer Behelf dazu vor und erhalten wir von Zahn nützliche Aufschlüsse über die förderlichen Wirkungen der Arbeiterversicherung nach jeder Richtung. Eine leider nicht erörterte und doch auch wesentliche Frage ist die, inwieweit durch eine etwaige künftige, erhöhte Berücksichtigung des eigentlich technischen Elementes der Ver-

sicherung, namentlich durch eine genauere Berücksichtigung des individuellen oder des Klassenrisikos die Einrichtung der Versicherung noch verbesserungsfähig erscheinen könnte. R. Piloty.

Dr. Wenzel Frind, Das sprachliche und sprachlich-nationale Recht in polyglotten Staaten und Ländern mit besonderer Rücksichtnahme auf Oesterreich und Böhmen, vom sittlichen Standpunkte aus beleuchtet. Wien, Manz, 1899. XV u. 392 S. gr. 8°. K. 4.

Wie schon der Titel andeutet, handelt es sich hier nicht um eine juristische, sondern um eine moralistische, naturrechtliche Abhandlung. „Es sollen aus den Prinzipien des Sittengesetzes jene Gesichtspunkte herausgegriffen werden, welche bei der Abmessung der Grenzen des Sprachen- und Nationalitätenrechtes von Belang sind." Unter Sprachenrecht versteht der Verf. aber diejenigen Rechtsbeziehungen, welche sich aus der Eigenschaft der Sprache als Gebrauchs(Zweck)gut ergeben, im Gegensatze zum sprachlich-nationalen Rechte, welches die Sprache als Affektgut zum Gegenstande hat. Für die Regelung des Sprachenrechtes hat im Allgemeinen der Gebrauchswerth der Sprache den obersten Grundsatz zu bilden, während der Affektwerth nur in sprachlich gemischten Gegenden zur Geltung kommen kann. Den sittlichen Maassstab des sprachlichen und sprachlich-nationalen Rechtes bildet die Gerechtigkeit, welche, der Eintheilung der Moralisten entsprechend, nach ihren drei Richtungen, als kommutative im sprachlichen Verkehre der Einzelnen unter einander, als legale im Verhältnisse zum Staate, endlich als distributive, bei Vertheilung der sprachlichen Lasten und Begünstigungen, zur Geltung zu kommen hat. Nach diesen drei Richtungen untersucht nun der Verf. zunächst die sprachlichen Rechte und Pflichten im Allgemeinen, wobei er das Prinzip der Territorialität der Sprache, jedoch unter Ausschluss jeder Revindikation ehemals gleichsprachiger Gebiete, vertritt. Der ungleiche Gebrauchswerth der Sprachen, der in der verschiedenen Verbreitung und kulturellen Bedeutung derselben zum Vorscheine kommt, kann in gemischtsprachigen Ländern, unbeschadet der subjektiven Gleichwerthung der Sprachen, zur Ausübung eines Zwanges zur Erlernung einer fremden Sprache führen, welcher dann sittlich gerechtfertigt werden kann, wenn er sich innerhalb der Grenzen des Gebrauchswerthes hält und diesen nicht dem Affektwerthe opfert. — Ein derart beschränkter Sprachenzwang ist auch mit dem Grundsatze sprachlicher Gleichberechtigung, wie er im Art. XIX des österr. Staatsgrundgesetzes über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger zum Ausdrucke kommt, vereinbar. Nur wenn die obigen Gesichtspunkte den allgemeinen Prinzipien dieses Artikels zu Grunde gelegt werden, kann derselbe zum lebenden Rechte und zur Quelle der Stärkung des Staatswesens werden, während eine wörtlich-mechanische Inter-

pretation zu Streit und Zerwürfniss führen muss. Von diesem sittlichen Standpunkte aus werden die Sprachennormen in Oesterreich, speziell die nunmehr aufgehobenen Verordnungen aus den Jahren 1897 und 1898 geprüft und zum Schlusse die neutrale Stellung der Kirche im Sprachenstreite, die bei ihrer internationalen Aufgabe hier weder Richter noch Partei ist, erörtert.

Fragen wir nach dem praktischen Werthe der FRIND'schen Arbeit, welche trotz mancher Breite und namentlich in den ersten Abschnitten (Vorfragen, Abhandlung über die Gerechtigkeit) nicht immer präzisen Abgrenzung zwischen Moral und Recht, mit grosser Gewissenhaftigkeit und unleugbarem Sachverständnisse durchgeführt ist, so war es gewiss eine dankenswerthe Aufgabe, die Sprachenfrage, welche schon wiederholt vom politischen und auch vom juristischen Standpunkte erörtert wurde, auch vom sittlichen Standpunkte zu beleuchten. Ladet doch Art. XIX der österr. Grundrechte mit seiner unjuristischen Fassung und seinem naturrechtlichen Gepräge zu einer derartigen Prüfung besonders ein. Allerdings wohl nur scheinbar; denn zwischen den weiten Maschen allgemeiner Grundsätze hat sich hier im Laufe der politischen Entwicklung in den letzten Jahrzehnten durch zahlreiche Normen und durch die Judikatur eine Füllung gebildet, welche die Frage der sprachlichen Gleichberechtigung aus dem Gebiete spekulativer Erörterung längstens auf dasjenige des Rechtes und der praktischen Politik versetzt hat. Hinter dem Streite um ein philosophisches Prinzip birgt sich der grosse politische Kampf zwischen Centralismus auf deutscher Grundlage und zwischen dem durch die Entwicklung der vortheresianischen Zeit begünstigten Föderalismus der nichtdeutschen Volksstämme Oesterreichs. Und so wird auf dem Gebiete der Sprachenfrage noch geraume Zeit hindurch der Jurist und Moralphilosoph hinter dem Staatsmanne zurückstehen müssen; erst wenn es diesem gelingen sollte, einen Ausgleich der entgegenstehenden Interessen zu finden, wird der Gesetzgeber mit einiger Aussicht auf Erfolg in der Lage sein, auf dem Gebiete des Sprachenwesens „den Zusammenhang des positiven Rechtes mit den sittlichen Grundlagen zu berücksichtigen", welcher Aufgabe das vorliegende Werk vorarbeitet.

Wien. Dr. v. Herrnritt.

A. Rhamm, Landsyndikus, Die Verfassungsgesetze des Herzogtums Braunschweig. Braunschweig, Friedrich Vieweg & Sohn, 1900. VIII u. 336 S. gr. 8°. M. 5.—.

Bisher fehlte eine übersichtliche Bearbeitung der braunschweigischen Verfassungsgesetze, und dieser Mangel war um so fühlbarer, als im Laufe der Zeit das Landesgrundgesetz und die damit zusammenhängenden Bestimmungen zahlreichen Abänderungen unterzogen sind. Der seit bald zwei Jahrzehnten durch seine amtliche Stellung hervorragend zu einer derartigen Aufgabe berufene Verf. hat sich das Verdienst erworben, ein sehr brauchbares,

zum eingehenden Studium anregendes Nachschlagewerk geschaffen zu haben, das bis in die neueste Zeit hinein nicht nur die Umgestaltung der Landesverfassung, sondern auch die Rechtsprechung und Litteratur berücksichtigt. Im einleitenden Teile wird ein Ueberblick des Entwicklungsganges hinsichtlich des Staatsgebietes, des Herrscherhauses und der Landstände gegeben, wobei auch für den Nichtbraunschweiger von besonderem Interesse die Ausführungen über die Entstehungsgeschichte des Regentschaftsgesetzes vom 16. Febr. 1879 sind. Bei aller Anerkennung der auf Wahrung der Selbständigkeit des Herzogtumes gerichteten Bestrebungen vertritt Rhamm mit massvoller Besonnenheit den reichsdeutschen Standpunkt, indem er sagt: „Das sog. Regentschaftsgesetz ist bei seinem Erscheinen vielfach mit Geringschätzung beurteilt, und es hat nicht an Stimmen gefehlt, die für den Eintritt desjenigen Falles, der zu seinem Erlass doch immerhin den nächsten Beweggrund gebildet hatte, ihm im voraus jede praktische Bedeutung abgesprochen haben. Durch die Ereignisse des Jahres 1884 [1] sind alle diese Weissagungen als irrig erwiesen. Die Einsetzung der Regentschaft des Prinzen Albrecht von Preussen hat sich genau nach den Bestimmungen und unter den Rechtsformen des Gesetzes vom 16. Febr. 1879 vollzogen, und es ist nicht abzusehen, wie die Verhältnisse im Herzogtume sich nach dem Tode des Herzogs Wilhelm hätten gestalten können, wenn es an der in jenem Gesetz geschaffenen Rechtsgrundlage gefehlt hätte.“ Nach einem Hinweise auf die Quellen und auf die als recht dürftig bezeichnete Litteratur des braunschweigischen Verfassungsrechtes folgt die Wiedergabe des Textes der einzelnen Gesetze mit ausführlichen Anmerkungen, die eine Fülle geschichtlichen Stoffes enthalten. Das Gesetz über die Zusammensetzung der Landesversammlung vom 6. Mai 1899 ist dabei in das Landesgrundgesetz (hinter § 59) eingeschaltet, während das Wahlgesetz nicht mit zum Abdrucke gelangt ist. An die eigentlichen Verfassungsgesetze reihen sich die wichtigsten Vorschriften über die Finanzverfassung des Herzogtums, nämlich der Finanznebenvertrag vom 12. Okt. 1832 und das Gesetz betreffend die ohne besondere ständische Zustimmung zulässigen Veränderungen mit dem Grundvermögen des Kammergutes und des vereinigten Kloster- und Studienfonds vom 20. Dez. 1834. Den Abschluss bildet die paragraphenweise gegebene Erläuterung des Regentschaftsgesetzes.

Braunschweig. H. von Frankenberg.

Georg Salomonsohn (jetzt **Solmssen**), Der gesetzliche Schutz der Baugläubiger in den Vereinigten Staaten von Nordamerika. Berlin, Carl Heymann's Verlag, 1900. XVI u. 493 S. gr. 8°. M. 8.—.

Der unter der Herrschaft der Gewerbefreiheit in Deutschland zur Blüthe gelangte Bauschwindel, welcher darin besteht, dass die beim Entstehen von

[1] Herzog Wilhelm von Braunschweig starb am 18. Okt. 1884.

Bauwerken betheiligten Arbeiter, Handwerker und Lieferanten durch gewissenlose Unternehmer um den Lohn ihrer Leistungen gebracht werden, hat bekanntlich schon wiederholt die legislativen Körperschaften und den Deutschen Juristentag, sowie weite wirthschaftliche Kreise beschäftigt, welche Schutzgesetze zu Gunsten der Bauhandwerker und Lieferanten (nicht aber auch Arbeiter) gefordert haben. Das obige Werk zeigt nun, dass in Amerika dieselbe wirthschaftliche Erscheinung beobachtet ist. Sie wurde zunächt bei Tiefbauten fühlbar, indem Eisenbahn- und Hafenbauunternehmer die verfügbaren Mittel für sich verbrauchten, während die Arbeiter und Unterunternehmer unbezahlt blieben, um später in das Gebiet des Hochbaues überzugreifen. Schon zu Beginn des 19. Jahrh. wurde in dem Lien ein Gegenmittel gefunden. Sein Wesen, seine geschichtliche Entwickelung im Zeitenverlaufe und in den verschiedenen Staaten Amerikas bis auf die Neuzeit, seine wirthschaftliche Bedeutung darzustellen, ist die Aufgabe der Arbeit, welche als durchweg gelungen bezeichnet werden kann.

Nachdem die rechtlichen und wirthschaftlichen Grundlagen (S. 5—91) vorangeschickt sind, wird (S. 92—407) das amerikanische Schutzrecht systematisch dargestellt, um schliesslich seine Wirkungen und Erfolge zu erörtern (S. 408—480). Nach dem Verf. deckt sich der Begriff des Liens mit dem Zurückbehaltungsrechte des gemeinen Rechtes (S. 95) und ist das Handwerker-Lien (Mechanics Lien) „das gesetzliche dingliche Recht des Baugläubigers an einer unbeweglichen Sache, das bestimmt ist, dessen persönlichen Anspruch für die vertragsgemässe Ausführung der ihren Werth erhöhenden Lieferungen und Leistungen zu sichern" (S. 98). Innerhalb der Gesetzgebung der verschiedenen Staaten sind zwei Gruppen zu unterscheiden. Die eine gewährt dem Unterunternehmer ein eigenes Lien am Gebäude (Pennsylvania-Lien), die andere (New-Yorker) bloss die bedingte Befugniss, in die Rechte des Hauptunternehmers einzutreten. Mithin ist dort der Arbeiter mehr geschützt als hier, wo ihm durch schnelles Erheben des bedungenen Preises der Unternehmer den Gegenstand der Befriedigung leicht entziehen kann. Dagegen hat das Pennsylvania-System vielfache Unzuträglichkeiten mit sich gebracht, weshalb der Verf. nur das New-Yorker für durchführbar erklärt (S. 178).

Das mit grossem Fleisse sachkundig und übersichtlich verfasste Werk wird somit für Alle, welche den Schutz der Baugläubiger anstreben, als werthvoller Beitrag zu bezeichnen sein, um ihre Wünsche zu unterstützen. Umgekehrt werden aber auch die Gegner aus demselben zum Nachweise im Stande sein, dass die amerikanischen Schutzrechte nicht vermocht haben, den Bauschwindel zu verhüten und dass gerade die Arbeiter (mithin die wirthschaftlich Schwächsten) es sind, welche schutzlos bleiben, indem die ihnen günstigen Einrichtungen des Pennsylvania-Systems immer mehr verschwinden. Eine Lösung der sozialen Frage ist also in Amerika bisher nicht gelungen: Deutschland wird schwerlich glücklicher sein.

Ein sorgfältig gearbeitetes Inhalts- und Sachregister erleichtert die Benutzung des Werkes, dessen äussere Ausstattung dem Rufe des Verlages entspricht.

Berlin. Karl Hilse.

A. von Trott zu Solz, Geh. Reg.-Rat und vortragender Rat im Ministerium des Innern (jetzt Regierungspräsident), Die Gemeindeverfassungsgesetze für die Provinz Hessen-Nassau mit den neuen Verwaltungsgesetzen zusammengestellt und im amtlichen Auftrage herausgegeben. Berlin, Carl Heymann's Verlag, 1899. XII u. 609 S. gr. 8°. Geb. M. 8.—.

Die unter dem Titel „Brauchitsch' Sammlung der neuen preussischen Verwaltungsgesetze“ wohl bekannten Kommentare des preussischen Verwaltungsrechts sind durch den für die Provinz Hessen-Nassau bearbeiteten neuen Band in dankenswerter Weise bereichert worden.

Die Ausstattung des Buches und die Anordnung des Stoffes ist diejenige der beliebten Brauchitsch'schen Sammlung. Das Buch enthält teils kommentierte, teils unkommentierte Verwaltungsgesetze für die Provinz Hessen-Nassau. Zu den ersteren zählen die Städteordnung vom 4. Aug. 1897 (G.-S. S. 254), die Landgemeindeordnung vom 4. Aug. 1897 (G.-S. S. 301); die Kreisordnung vom 7. Juni 1885 (G.-S. S. 193) und die Provinzialordnung vom 8. Juni 1885 (G.-S. S. 246); zu den letzteren gehören das Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung und das sog. Zuständigkeitsgesetz. Dem Gesetzestext folgen die ministeriellen Ausführungsanweisungen und Instruktionen. Ausserdem sind dem Buche zwei wertvolle Anhänge beigegeben: der erste enthält den Text von 17 für die Provinz Hessen-Nassau oder einzelne Teile derselben geltenden Verwaltungsgesetzen und Verordnungen; als Anhang II ist in etwas verkürzter Form eine sehr interessante Uebersicht über die historische Entwicklung der Gemeinden und Gutsbezirke in der Provinz Hessen-Nassau und eine Darstellung des dort vor der Einführung der neuen Städte- und Landgemeindeordnung geltenden Gemeindeverfassungsrechts beigefügt. Diese Darstellung ist der Denkschrift entnommen, welche gleichzeitig mit den Entwürfen der Städte- und Landgemeindeordnung dem Landtage vorgelegt war.

Alle Vorzüge, die den übrigen Bänden des bekannten Brauchitsch'schen Werkes nachzurühmen sind, finden sich auch in diesem Bande vereinigt. Insbesondere ist dem Buche auch zwecks leichterer Auffindung des reichen Stoffes ein gut gearbeitetes Sachregister beigegeben.

Die Erläuterungen sind meist sehr knapp gehalten, indem überall, schon um Wiederholungen zu vermeiden, auf die älteren Bände des Brauchitsch-schen Werkes verwiesen ist, in denen die für die Gemeinde-, Kreis- und Provinzialverfassung massgebenden Gesetze der alten preussischen Provinzen

erläutert sind, welche dem neuen Kommunalverfassungsrecht Hessen-Nassaus als Vorbild gedient haben.

Diese Art der Bearbeitung bringt freilich den Nachteil mit sich, dass das Buch für sich allein nicht über alle Fragen eine genügende Auskunft erteilt, so dass man gezwungen ist, auch die älteren Bände der BRAUCHITSCHschen Sammlung bei dem Studium des Hessen-Nassauischen Verwaltungsrechts zu Hülfe zu nehmen. Auch ergiebt sich aus dem Bemerkten, dass die Erläuterungen kaum einen Anhalt für eine selbständige kritische Betrachtung bieten.

Nur auf folgende Einzelheiten möge kurz hingewiesen sein:

In § 9 Anm. 4 zu § 19 der Städteordnung fehlt die Bemerkung, dass auch diejenigen Personen, die das Amt eines Kirchendieners nur als Ehrenamt bekleiden, zu Stadtverordneten wählbar sind (vgl. Entsch. O.-V.-G. vom 9. Jan. 1900 Bd. 36 S. 121).

In Anm. 1 zu § 32 der Landgemeindeordnung wäre noch hervorzuheben, dass die Wahlen durch öffentliche Stimmabgabe zu erfolgen haben (vgl. Entsch. O.-V.-G. vom 22. Nov. 1899 Bd. 36 S. 168); und endlich ist in einer neuen Auflage für die Auslegung des § 11 No. 6c der Landgemeindeordnung auf die Entsch. O.-V.-G. vom 25. April 1899 (Bd. 35 S. 160) hinzuweisen.

Es bedarf wohl kaum der Hervorhebung, dass die hier erwähnten Anstände nicht bezwecken, den Wert des Buches irgendwie herabzusetzen; dasselbe ist vielmehr für alle diejenigen Personen, welche sich über das Verwaltungsrecht der Provinz Hessen-Nassau in zuverlässiger Weise orientieren wollen, als ein unentbehrlicher Ratgeber zu bezeichnen.

Köln. Neukamp.

Jahrbuch der Internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre zu Berlin. Unter Mitwirkung einer Reihe namhafter Gelehrter des In- und Auslandes im Auftrage der Vereinigung herausgegeben von Professor Dr. **Bernhöft** und Landgerichtsrat Dr. **F. Meyer.** 4 Bde. Berlin, K. Hoffmann's Verlag, 1896—1899.

Aus kleinen Anfängen ist die Internationale Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre zu einer über tausend Mitglieder umfassenden Gesellschaft emporgewachsen, deren Bedeutung nicht zum wenigsten darin liegt, dass ihre Mitglieder, mögen sie sich auch vorwiegend aus Deutschland rekrutieren, doch allen Kulturnationen der Erde angehören.

Ein deutliches Spiegelbild von dem Wachsen und Gedeihen der Vereinigung giebt das von ihr alljährlich veröffentlichte Jahrbuch, dessen äusserer Umfang schon erkennen lässt, wie sehr sein Inhalt von Jahr zu Jahr anschwillt (Bd. 1: 652 S.; Bd. 2: 716 S.; Bd. 3: 934 S.; Bd. 4: 1105 S.).

Der Inhalt des Jahrbuches selbst legt aufs deutlichste Rechenschaft von der fruchtbringenden und erspriesslichen Thätigkeit der Gesellschaft ab, deren von dem Mitherausgeber Bernhöft in einem einleitenden Aufsatze in Bd. 1 charakterisierten Zwecke insbesondere auf die Förderung der vergleichenden Rechtswissenschafts- und Volkswirtschaftslehre durch Verbreitung der Kenntnis des in den Kulturstaaten des Erdballs geltenden Rechtes und seiner geschichtlichen Entwicklung, sowie durch Erforschung der wirtschaftlichen Zustände der Kulturnationen gerichtet sind. Diese Zwecke sucht die Vereinigung in dreifacher Weise zu erreichen: Einmal veranstaltet sie jährlich etwa 12 Vorträge aus den verschiedensten Gebieten der Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre am Sitze der Gesellschaft, in Berlin; der Inhalt dieser Vorträge wird zweckmässigerweise in kurzen gedruckten Berichten sämmtlichen Mitgliedern zugänglich gemacht, so dass auch die zahlreichen ausserhalb Berlins wohnenden Mitglieder von den Grundzügen der Vorträge Kenntnis erhalten.

Sodann aber sucht die Gesellschaft ihre Zwecke durch Herausgabe eines Jahrbuches zu erreichen, das allein schon mit Rücksicht auf seinen reichen Inhalt die Existenzberechtigung der „Internationalen Vereinigung" zu begründen vermag. Schon die Angabe der einzelnen Rubriken des Jahrbuches lässt erkennen, welche wertvollen Dienste dasselbe der Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre, insbesondere dem Studium der Rechtsvergleichung leistet.

Das Jahrbuch giebt die wichtigeren Vorträge im Wortlaut wieder und enthält ausserdem grössere Aufsätze und kleinere Mitteilungen aus dem Gebiete der Rechtsvergleichung und aus dem Wirtschaftsleben der Kulturnationen. Sodann teilt es interessante Fälle aus der Rechtssprechung mit, die meist dem Bereiche des internationalen Privatrechtes angehören; und endlich enthält es eine höchst lehrreiche Darstellung über die wichtigsten Vorgänge auf den Gebieten der Gesetzgebung und der Volkswirtschaft, sowie der diese betreffenden Litteratur aus allen Kulturländern der Erde nach Jahrgängen geordnet, sodass man über die Veränderungen im Rechts- und Wirtschaftsleben, die sich in jedem Jahre bei den einzelnen Staaten und Völkern vollziehen, ein ziemlich anschauliches Bild erhält. Diese letztere Darstellung, welche mit dem 2. Bd. anhebt, der den Bericht über das Jahr 1895 bringt, gewährt uns in diesem Bande eine Uebersicht über die Gesetzgebung und über die Litteratur von nicht weniger als 28 Staaten (S. 142—566). Im 3. Bd. ist die Darstellung sogar auf 32 verschiedene Staaten (S. 273—901) und im 4. Bd. auf 35 Staaten (S. 285—1073) ausgedehnt.

Es würde zu weit führen, wenn ich auch nur die Titel der sämtlichen in den 4 Bänden enthaltenen lehrreichen Aufsätze und Vorträge angeben wollte. Ich beschränke mich deshalb darauf, diejenigen Arbeiten besonders namhaft zu machen, die speziell dem Gebiete des in diesem „Archiv" hauptsächlich kultivierten Zweiges des öffentlichen Rechtes angehören.

Aus dem 1. Bd. sind in dieser Hinsicht folgende Arbeiten hervorzuheben:

F. Meili: „Eine offizielle Heimstätte für das Peregrinenrecht der modernen Welt“. — Stamatios Antonopoulos und F. Meyer: „Ueber die Exterritorialität der Ausländer in der Türkei mit Rücksicht auf die Gerichtsbarkeit in Civil- und Strafprozessen“. — Pasquale Fiore: „Der Staat und die Rechte der Menschen“.

Bd. 2: Paul Heilborn: „Kauffahrteischiffe in fremden Gewässern“. — Karl Lehmann: „Kolonialgesellschaftsrecht in Vergangenheit und Gegenwart“.

Bd. 3: Konrad Bornhak: „Die Rechtsformen kolonialer Ausbreitung der europäischen Staaten“. — Georges Bry: „Die gemischten Berufsvereine der Arbeitgeber und Arbeiter in Frankreich seit dem Gesetz vom 21. März 1884“. — Vladimir Pappafava: „Die rechtliche Stellung der Fremden in Brasilien“.

Bd. 4: Ernst Neukamp: „Das Zwangsmoment im Recht in entwicklungsgeschichtlicher Beleuchtung“. — Hermann von Schullern: „Grundlagen der neuesten Steuerreformen“.

Die vorstehenden Mitteilungen dürften erkennen lassen, in welchem Umfange die „Internationale Vereinigung“ mit Erfolg bestrebt ist, die Rechtsvergleichung und die vergleichende Volkswirtschaftslehre zu fördern, Wissenszweige, die bei der ständig fortschreitenden Kulturgemeinschaft aller Nationen der Erde von Jahr zu Jahr an Wert und Bedeutung gewinnen.

Der Berichterstatter würde es mit ganz besonderer Genugthuung begrüssen, wenn seine kurzen Mitteilungen über die Ziele der „Internationalen Vereinigung für vergleichende Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre“ dazu beitragen sollten, dieser Vereinigung zahlreiche neue Mitglieder zuzuführen, da deren Bestrebungen sowohl im Interesse der Wissenschaft, wie zwecks weiteren Ausbaus der Kulturgemeinschaft der civilisierten Nationen die allseitigste Förderung verdienen.

Köln. Neukamp.

Kistiakowski, Gesellschaft und Einzelwesen. Eine methodologische Studie. Berlin, Otto Liebmann, 1899.

Der Verfasser stellt sich die Aufgabe, mit Hilfe allgemein logischer Gründe aus dem ganzen Komplex sozial-geistiger Erscheinungen solche gesellschaftlich-psychischen Vorgänge, die ihre eigene kausale Gesetzmässigkeit aufweisen, auszuscheiden. Er ist nämlich der Meinung, dass in der Gesellschaft nicht nur individualpsychologische Gesetze wirken, sondern betrachtet es als Thatsache, dass der Mensch in der Gesellschaft sein Wesen verändert, dass zwischen individual- und sozial-psychologischen Erscheinungen ein prinzipieller Gegensatz vorhanden sei, so dass z. B. die Thäter bei der Verübung eines Massenverbrechens halb unzurechnungsfähig seien. Der allge-

meine Geist aber, der durchaus etwas anderes ist, als die Summe aller einzelnen Geister, „ist die generellen Gebote einerseits, die allgemeinen Gefühle, Begehrungen und Bestrebungen andererseits“. Mit der ersten Form des allgemeinen Geistes haben es die normativen Wissenschaften, Rechtswissenschaft, Ethik, Logik, Aesthetik zu thun, mit seiner zweiten Form die Gesellschaftswissenschaften. Die Rechtswissenschaft behandelt das Zusammenleben und die Beziehungen der Menschen, soweit sie durch Zwecke reguliert werden, während die Untersuchung der psychischen Wechselwirkung zwischen den Menschen der Sozialwissenschaft zuzuweisen ist. Insbesondere das Staatsrecht hat nur die staatlichen Formen, Regeln und Aufgaben zu untersuchen. Das Staatsrecht hat sich ganz unnötigerweise bemüht, das Wesen des Staates zu ergründen. Das ist aber ein vergebliches Bemühen, denn wissenschaftliche Begriffe können nur aus homogenen Elementen gebildet werden. „Staat“ aber ist eine viel zu komplizierte Vorstellung, als dass man sie in einem Begriffe zusammenfassen könnte. Denn sachlich ist Staat und Gesellschaft dasselbe; Aufgabe der Wissenschaft aber ist es, begrifflich die verschiedenen Seiten dieser Realität zu erfassen. „Die Erkenntnis der rechtlichen Bedeutung und der gesellschaftlichen Natur des Staates bilden zwei vollständig unvereinbare Wissenszweige.“

Denn für eine besondere Gesellschaftswissenschaft, die, wie die Kosmologie, Biologie und Geologie die Weltkörper, die Erdkruste, die Pflanzen- und Tierarten untersuchen, die „Gesetze“, die für die Gesellschaft gelten, feststellt, will der Verfasser Raum schaffen. Dabei sind die ökonomischen Verhältnisse und die industriell-technische Entwicklung für sich als Inhalt des sozialen Prozesses zu betrachten, die Formen untersuchen in ihrem stationären Zustand Rechtswissenschaft, Sittenlehre und Ethik, in ihrem Werden Rechts-, Kultur- und Moralgeschichte. Was für die Gesellschaftswissenschaft dann noch übrig bleibt, ist mir nicht recht klar. Der Verfasser meint, sie habe zum Gegenstand die Menschen selbst und die Wechselwirkung zwischen ihnen. Sie hat die Aufgabe, durch Beobachtung und Analyse der verschiedensten sozialen Erscheinungen, wie der Ueber- und Unterordnung, der sozialen Differenzierungsprozesse und des Parteiwesens, des Selbsterhaltungstriebes der sozialen Gruppen u. s. f., die Gesetze der Assimilations- und Repulsionsvorgänge, durch die die Gesellschaft entsteht, festzustellen. Indes bleibt es doch fraglich, ob sich solche „Gesetze“ finden lassen. Der Verfasser selbst weist darauf hin, dass der Ausdruck Gesetz doppelsinnig ist, indem er einmal die allgemeinen, die ohne Beziehung auf die Zeit gelten, die mechanischen, chemischen, physischen, bezeichnet, zweitens aber auch die kosmologischen, biologischen und geologischen, die mehr auf bestimmten Kombinationen der eigentlichen Gesetze beruhen. Nur in diesem Sinne gebe es auch soziale Gesetze, die freilich noch zu erforschen sind. Dabei weist er den Ausdruck „historische Gesetze“ zurück, denn jedes geschichtliche Ereignis sei individuell, während bei Gesetzen es sich um

generelle Beziehungen handle. Mir scheint aber, dass das auch auf die sozialen Gesetze passt; denn so sehr auch der Verf. sich bemüht, nachzuweisen, dass „Gesellschaft" ein Kollektivding ist, d. h. ein Ganzes, das aus einer Vielheit diskreter, aber analoger Dinge, die eine reale Einheit bilden, besteht, wie etwa Wald, Fluss u. dergl., so sehr betont er doch anderseits wieder, dass es sich um geistige Erscheinungen handelt. Und für diese hat doch höchstens die Psychologie, und auch die kaum, Gesetze gefunden. Aber freilich, die Psychologie hat es nach dem Verf. nur mit dem Individuum zu thun, und der allgemeine Geist ist etwas ganz anderes. Auch die höchst scharfsinnigen und anregenden Untersuchungen des Verf. aber vermögen mich nicht davon zu überzeugen, dass das wirklich der Fall ist; ich finde weder eine klare Definition des Begriffes Staat, noch des Begriffes Gesellschaft, denn die oben angeführte hat doch starke logische Bedenken gegen sich. Die Stärke des Verf. beruht weniger in der Konstruktion neuer Begriffe, als in der Kritik der alten. Und hier ist vieles, was er sagt, vortrefflich, so namentlich, was er gegen die organische Staatslehre und gegen leere Begriffe wie Völkerpsychologie und Volksgeist, anführt.

Das Buch, das durchaus auf gründlichster Kenntnis aller einschlägigen Probleme beruht, ist nicht leicht zu lesen; es erfordert grosse geistige Arbeit, die sich aber belohnt. Man wird sagen können, wenn es selbst diesem klaren Kopfe nicht gelungen ist, die Berechtigung einer besonderen Sozialwissenschaft im engeren Sinne nachzuweisen, dann ist sie eben überhaupt nicht nachweisbar. Dr. Gottfried Koch.

Achille Loria, Die wirthschaftlichen Grundlagen der bestehenden Gesellschaftsordnung. Autorisirte deutsche Ausgabe. Aus dem Französischen von Dr. Karl Grünberg, Privatdozent der politischen Oekonomie an der Universität Wien. Freiburg i. B. und Leipzig, Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). 1895. XII und 290 S. gr. 8°. M. 6.40. Geb. M. 7.40.

In den civilisirten Ländern beider Hemisphären, heisst es am Anfang des Buches, trete uns überall die gleiche Erscheinung entgegen: die unüberbrückbare Spaltung der Gesellschaft in zwei Klassen, deren einer trotz ihres Nichtsthuns ungeheure und stets wachsende Einkommen zufliessen, während die andere, weitaus zahlreichere, das ganze Leben hindurch um elenden Lohn sich abmühe (S. 1). Den Thatsachen, die diesem Urtheil zu Grunde liegen, bin ich der Letzte, ihr Gewicht zu beschneiden. Gleichwohl halte ich das Urtheil für blosse Rhetorik; und schlimmer als das Urtheil ist die allgemeine Ansicht, die daraus entwickelt wird. Für den Verf. bleibt nämlich die Grundlage des Kapitaleigenthums „stets dieselbe". „Sie besteht in der Beseitigung des freien Landes und in der Ausschliessung des Arbeiters von der Occupation desselben — welches Ziel auf verschiedene Weise angestrebt und

erreicht wird: erst durch Einführung der Sklaverei und Hörigkeit; hierauf durch eine derartige Herabsetzung des Lohnes des freigewordenen Arbeiters, dass dieser keine Ersparnisse machen kann; endlich durch ausschliessliche Aneignung alles Grundbesitzes durch die Klasse der Kapitalisten" (S. 6). Mit kurzen Worten ausgesprochen: Gewalt, Verbrechen, die „Verletzung der göttlichen und menschlichen Gesetze" (S. 287) sind die Grundlage aller bisherigen, von LORIA verdammten Kultur. Mit Gewalt haben die „Kapitalisten" die Freiheit von Grund und Boden aufgehoben; nur mit Hülfe von „Konnektiveinrichtungen" — deren wichtigste Moral, Recht und politische Institutionen — vermag sich das durch solche Gewalt angeeignete kapitalistische Eigenthum zu erhalten (S. 423, 286), und diese Konnektiveinrichtungen haben alle den einen Zweck, das kapitalistische Einkommen zu sichern, indem sie bestimmt sind, den Egoismus der besitzenden Klassen zu disziplinieren, den der arbeitenden Klassen zu fälschen und ihnen eine ökonomische Form annehmbar zu machen, die sie unterdrückt, und gegen die sich zu empören ihr echtes Interesse sie nothwendiger Weise veranlassen würde. (das.)

Ich finde, dass das Verständniss der Geschichte nicht entschiedener verflacht werden kann, als durch die hier vorliegende vage Verallgemeinerung geschieht. Auch ich vertrete den Grundsatz, dass von den eigentlichen Kulturfaktoren die ökonomischen „am tiefsten" liegen, d. h. den Naturfaktoren der Kultur am nächsten; dass sie eben darum eine relativ unabhängige Entwicklung haben. Aus jener Verschiedenheit entsteht nothwendiger Weise eine Verschiedenheit der ökonomischen Potenz, deren Ueberlegenheit dann alle anderen Ueberlegenheiten verstärkt und befördert. In solchen verbundenen Ueberlegenheiten, vorzugsweise aber in der ökonomischen, beruht erst die Gewalt eines Krieger- oder Ritterstandes, wo immer sie sich findet, und in dieser ist die Basis aller politischen Macht gegeben. Nun ist es aber grundfalsch, vorzustellen, als ob mit der Bildung eines solchen Standes nothwendiger Weise das Versinken des ganzen übrigen Volkes in Knechtschaft verbunden wäre, wie diejenigen uns einreden wollen, die das absurde Schema Alterthum—Mittelalter—Neuzeit in geschichtsphilosophischer Farbenblindheit festhalten und durch die Trias Sklaverei—Hörigkeit—Lohnarbeit glauben erläutern zu sollen. In tiefbewusstem Gegensatze zu diesen Konstruktionen habe ich aus dem Vortrage EDUARD MEYER's, „Die wirthschaftliche Entwicklung des Alterthums" (1894) die gelehrten Bestätigungen von Ansichten schöpfen dürfen, die ich seit mehr als 15 Jahren unter entschiedener Ablehnung der Rodbertus'schen Folgerungen mir gebildet hatte. Denn in jener trefflichen Arbeit kommt die Parallele der abgeschlossenen antiken und der noch fortlaufenden modernen Kulturentwicklung zu ihrer richtigen und bedeutenden Geltung, um so besser zur Geltung, da sie gar nicht gesucht, ja kaum angedeutet wird. — „Auch ich vertrete den Grundsatz" der ökonomischen Auffassung der Geschichte. Vertritt ihn denn auch LORIA? Mit Worten ja; in Wirklichkeit nur in sekundären Ausführungen. Die Grundzüge

seiner Theorien sind die Verneinung dieser Ansicht. Denn der richtige Kern des „historischen Materialismus“ besteht in der leitenden Maxime, unterhalb aller Mannigfaltigkeit der Kulturentwicklung einen gleichartigen sozialen Lebensprozess zu entdecken, der wesentlich durch die elementaren menschlichen Bedürfnisse bedingt ist, der gleich der geologischen Entwicklung seinen gesetzmässigen Gang durch „causes now at work“ vollzieht. Es ist ein ungenügender Einwand (der die bekannte Schrift Stammler's durchzieht), dass der wirthschaftliche Prozess nur in den Formen des Rechts und anderer „äuserer Regelung“ möglich sei. Sicherlich ist dem so. Aber einmal sind die Ursprünge dieser Regelungen eines der Probleme — und die Lösung ist, dass aus der Erfahrung des Thatsächlichen — des de facto — das soziale Wollen — des de jure — entspringt und sich langsam davon unterscheidet. Sodann geht die These eben dahin: wo immer soziale Entwicklung stattfindet, da ist die Entwicklung der mit und wider einander strebenden Einzelwillen das primäre Geschehen, die Entwicklung des für diese als gültig sich setzenden sozialen Wollens, also des Rechtes, das sekundäre. Eine vollkommene Kongruenz der beiden Sphären ist eine Idee, die kein Gegenbild in irgend welcher Erfahrung haben kann; aber seinem wesentlichen Gehalte nach stellt das Recht ebensowohl Schutzwehren wie Schranken der Einzelwillen dar, die es zugleich zusammenhalten und auseinanderhalten will. Die Schutzwehren für die einen sind Schranken für die anderen; gegen die Schranken tobt immer, was vorwärts drängt. Je mächtiger daher ein Knäuel von Interessen wird, desto mehr wird es die Schranken des bis dahin gültigen Rechtes zu durchbrechen streben. Und wie das Recht, so die herrschenden Anschauungen, zumal moralische, religiöse, darum aber auch die gesammte Weltanschauung. Der Grundirrthum Loria's ist aber, dass Recht und Gemeinbewusstsein, so lange es eine Kultur giebt, immer an einer kleinen Herrenklasse (die er unterschiedslos als Kapitalisten definirt) getragen, ausgeprägt oder doch gestempelt werde. Er weiss und kennt nichts von den kommunistischen, oder, wie ich sage, gemeinschaftlichen Elementen, die immer in Gewohnheitsrechten, wie im Volksglauben enthalten sind. Für mich besteht der ganze historische Prozess wesentlich darin, dass diese Elemente einerseits entwickelt, andererseits zersetzt werden. Loria's Ansicht ist, wie ich früher gesagt habe, ein Rückfall „auf den Standpunkt der vulgären Aufklärung, die Religion aus Priestertrug, Recht aus Tyrannenwillkür generell ableitet“ (Archiv für system. Philos. II, 4 S. 514). Auch wiederhole ich hier, dass die Verkehrtheit des Buches abnimmt, je weiter es fortschreitet. Die Einteilung ist sehr einfach. In den 3 Kapiteln werden successive die wirthschaftlichen Grundlagen der Moral, des Rechtes und der politischen Macht vorgestellt. Für den besten Abschnitt, der freilich auch den leichtesten Gegenstand hat, halte ich den 2. Paragraphen des 3. Kapitels über „Die Zweitheilung des Einkommens und der politischen Macht“.

F. Tönnies.

Dr. jur. **Paul Krückmann**, a. o. Professor in Greifswald, Anschauungsmittel für den Rechtsunterricht. Leipzig, Dieterich'sche Verlagsbuchhandlung (Theodor Weicher), 1900. IV und 297 S. 4°. Geb. M. 6.—.

Auf die Notwendigkeit, den Unterricht in der Rechtswissenschaft durch Anschauungsmittel zu beleben und erspriesslich zu gestalten, ist in neuerer Zeit wiederholt aufmerksam gemacht worden; schon vor 13 Jahren suchte ich für die Einführung eines juristischen Anschauungsunterrichts Stimmung zu machen, wie die 1. Auflage meiner „Encyklopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft" (1887 S. 185, 186) zeigt. Vor einem Menschenalter war der akademische Unterricht der Juristen freilich weit davon entfernt, anschaulich zu sein! Konnte es doch damals sehr leicht vorkommen, dass Wechselrecht vorgetragen wurde, ohne dass auch nur ein Formular einer Tratte dem Jünger der Rechtswissenschaft vor die Augen brachte, wie das Ding eigentlich aussieht, von dem der Professor wochenlang spricht; das einzige Graphische in der juristischen Lehrmethode waren Stammbäume, eine Anschauungserfindung, für welche glücklicherweise vergangene Jahrhunderte schon gesorgt hatten. Nun ist es anders geworden, und schon die zahlreichen praktischen Uebungen einerseits und viele historischen Denkmäler, Urkundenabdrücke und dergl. andererseits sorgen dafür, dass die Phantasie des Lernenden weit lebhafter angeregt und dem Studienzwecke viel dienstbarer gemacht wird, als je vorher. Und damit wird ungemein viel erreicht: der starke Vorsprung, den die Naturwissenschaften mit ihrer ununterbrochen das Auge und die Phantasie beschäftigenden Unterrichtsmethode wie beim Knaben so auch noch beim jungen Manne naturgemäss vor der nicht selten als „trocken" bezeichneten Jurisprudenz voraushaben, kann zwar selbstverständlich nie ganz wett gemacht werden, — das liegt im Wesen der einen wie der anderen Wissenschaft; aber das wird durch Anschauungsmittel auch für den Rechtsunterricht gewonnen, dass der Geist des Lernenden viel mehr gefesselt wird als durch den lebendigsten mündlichen Vortrag allein, und dass die Vorstellung von den Sachen, an welche die Begriffe und die Rechtssätze angereiht werden, sich nicht bloss leichter und rascher, sondern auch richtiger, reiner, vollständiger und nachhaltiger bildet, als ohne das Anschauungsmittel.

Dass Krückmann hiefür ein offenes Auge hat und gerade ihm der Zusammenhang seiner Wissenschaft mit dem Leben besonders lebhaft und beständig vorschwebt, geht aus allen seinen Schriften hervor. Die vorliegenden „Anschauungsmittel für den Rechtsunterricht" haben die Aufgabe, dem gerügten Grundmangel der juristischen Lehrmethode bis zu einem gewissen Grade abzuhelfen, und, das dürfen wir freudig anerkennen, sie erfüllen diese Aufgabe. Mancher wird freilich wünschen, dass noch mehr an Stoff geboten werde, als gegeben ist, dies spricht jedenfalls mehr für als gegen die Berechtigung des Unternehmens. Ein Ueberblick über den Inhalt zeigt, wie sich der Verf. bemühte, aus allen Gebieten der Rechtswissenschaft an-

schauliche Beispiele zusammenzustellen, und wenn dabei auch die Hauptmasse dem bürgerlichen Recht einschliesslich des Handelsrechts zufällt, so darf man doch nicht vergessen, dass in vielen angegebenen Paradigmen das öffentliche Recht mindestens gestreift wird, während andere Beispiele geradezu aus dem öffentlichen Rechte geschöpft sind.

Uebergehe ich an dieser Stelle die dem Gebiete des bürgerlichen Rechts angehörenden Erklärungen, Urkunden, Bekanntmachungen, Urteile und Beschlüsse und beschränke ich mich auf die Hervorhebung einzelner öffentlichrechtlicher Erscheinungen, so möchte ich vor allem der Vereinssachen gedenken: „die Anschauungsmittel" bringen in dieser Beziehung nicht bloss den Abdruck eines ausgefüllten Blattes eines Vereinsregisters (S. 256, 257), sondern auch einen nach Massgabe des B. G.-B. § 44 und der Gew.-O. §§ 20, 21 ausgearbeiteten Rekurs in Vereinssachen (S. 2, 3), sowie eine sofortige Beschwerde gegen eine Entscheidung, durch welche der Einspruch einer Verwaltungsbehörde gegen die Eintragung eines Vereins aufrecht erhalten wurde (S. 3). Auch in Verwaltungsstreitsachen liefert Krückmann treffliche Beispiele, so eine Klage beim Kreisausschusse, welcher der Einspruch gegen eine behördliche Verfügung zu Grunde liegt, durch welche aufgegeben war, eine als öffentlichen Weg erklärte Strasse in der ursprünglichen Breite herzustellen (S. 207 f.); es folgen dieser Klage sodann Terminsbestimmungen und Gegenerklärung, dann ein Protokoll über die Beweisaufnahme (S. 210 f.), das Urteil des Kreisausschusses (S. 213 f.), die Berufungsschrift hiegegen (S. 215 f.), Terminsbestimmung und Berufungsurteil (S. 217 f.). Auch in einer Unterstützungswohnsitzsache sind lehrreiche Aktenstücke beigebracht, die Klage eines Ortsarmenverbandes gegen einen Gesamtarmenverband (S. 220 f.) und der sich daran anreihende Schriftenwechsel (S. 222 f.), sodann das Urteil des Bezirksausschusses (S. 227 f.), eine Berufung dagegen (S. 231 f.) und das Urteil des Bundesamts für das Heimatwesen (S. 233 f.).

Schon diese Beispiele zeigen übrigens, dass nicht bloss der Anfänger, sondern auch ältere Juristen aus diesem Buche lernen können, und ich möchte nicht unterlassen, darauf hinzuweisen, dass ältere Praktiker sich bekanntlich schwer im neuen Rechte zurecht finden, solange sie nur die mehr oder weniger abstrakt sprechenden Paragraphen des Gesetzbuchs vor sich haben, aber leicht den Unterschied zwischen altem und neuem Recht einsehen, wenn ihnen Aktenstücke vorgelegt werden, die nach Massgabe des neuen Rechts gestaltet sind. — Die äussere Ausstattung des ganzen Werkes ist vorzüglich.

Königsberg. Karl Gareis.

Dr. **F. Meili**, Professor an der Universität Zürich, Das internationale Privatrecht und die Staatenkonferenzen im Haag. Zürich, Schulthess & Co., 1900. VIII, 133, 13 u. II S. Gr. 8°. M. 3.—.

Diese, HEINRICH DERNBURG in Berlin zur Feier seines fünfzigjährigen Doktorjubiläums von der Universität Zürich überreichte Schrift stellt sich die Aufgabe, diejenigen dem internationalen Privatrechte angehörenden Materien, welche der auf Einladung der Königl. Niederländischen Regierung am 29. Mai 1900 im Haag zusammengetretenen Staatenkonferenz unterbreitet wurden, einer kurzen Erörterung zu unterziehen. Die Auffassung, mit welcher der Herr Verf. an die Berathungsgegenstände der damals noch bevorstehenden dritten Staatenkonferenz, nämlich an die von ihm ihrem Wortlaute nach bekanntgegebenen Entwürfe von Bestimmungen über die Ehe (insbesondere auch die Ehescheidung), das eheliche Güterrecht, die Vormundschaft, den Konkurs und über Nachlassenschaften, Testamente sowie Schenkungen auf Todesfall herangetreten ist, kennzeichnet sich in dem den Besprechungen dieser einzelnen Punkte auf S. 26 vorangestellten Satze, dass die absolute Herrschaft des nationalen Rechts (der lex patriae) gebrochen werden müsse, um eine rationelle Versöhnung der zwei Hauptprinzipien, nämlich des nationalen und des Domizilrechts, herbeizuführen. Die Lösung dieser Aufgabe kann nach der Meinung des Verf. auf zweifachem Wege erreicht werden: entweder insofern, als eine bestimmte Frist festgestellt würde, nach deren Ablauf die in einem Staate wohnenden Ausländer dem Domizilrechte zu unterwerfen wären, oder auf die dem Verf. mehr sympathische Art und Weise, dass man je ein Stück des nationalen und des Domizilrechts annehmen würde (S. 28, 29). Die weitere Ausführung dieses letzteren Gedankens tritt hauptsächlich in den Bemerkungen und den Vorschlägen zu Tage, welche bezüglich der einzelnen Berathungsgegenstände vorgebracht werden (S. 40f., 60f., 68f., 80f., 85f.).

Die in den Jahren 1893 und 1894 im Haag abgehaltenen beiden ersten Staatenkonferenzen über internationales Privatrecht beschäftigten sich mit verschiedenen Fragen des Privatrechts und Prozessrechts. Ihr nicht sehr erhebliches Ergebniss, welches in dem vom Verf. am Schlusse abgedruckten und auf S. 6f. näher gewürdigten Abkommen zur Regelung von Fragen des internationalen Privatrechts vom 14. Nov. 1896 (im deutschen Reichsgesetzblatt von 1899 S. 285 zur Veröffentlichung gelangt) besteht, erstreckt sich indessen nur auf Fragen des Civilprozessrechts, nämlich die Mittheilung gerichtlicher oder aussergerichtlicher Urkunden, die Ersuchungsschreiben, die Sicherheitsleistung für die Prozesskosten, das Armenrecht und die Personalhaft. Mit der dritten Konferenz kam in Folge der dankenswerthen Anregung der Niederländischen Regierung nunmehr, wie der Verf. sagt (S. 15), „die Reihe ernsthaft an das materielle Privatrecht". „Indem die einzelnen Staaten bisher selbständig vorgingen und ein eigenes internationales Privatrecht ausarbeiteten", hatten sie nach der Meinung des Verf. „natürlich die

Absicht, die im Weltverkehr entstehenden Kollisionen zu heben oder wenigstens einzuschränken. Da indessen jeder Staat das Recht hat, ganz entgegengesetzte Prinzipien zu sanktioniren, entsteht sehr häufig das umgekehrte Resultat: Die gegen die Kollisionen statuirten Normen erzeugen oft Kollisionen und führen direkt dazu" (S. 24). Dem zur Abwendung dieser bedenklichen Folge von ihm befürworteten „kosmischen" Standpunkte von Wissenschaft und öffentlichem Rechte leistet der Verf. durch seine im Vorstehenden besprochene Schrift gleichwie durch seine bisher entfaltete eifrige wissenschaftliche Thätigkeit sehr werthvolle Dienste. Es könnte nur von Vortheil sein, wenn seinen mehrfachen Anregungen die verdiente Beachtung zu Theil würde. In letzterer Hinsicht seien hier nur seine Vorschläge erwähnt, durch internationale Uebereinkunft auch die Fragen des Gerichtsstandes zu regeln (S. 32) und in den einzelnen Staaten Spezialkommissionen für das internationale Privatrecht einzurichten, an welche um Auskunft sich zu wenden namentlich die Gerichte Gelegenheit hätten (S. 33f.).

Leipzig. Klein.

H. Geffcken, Die Verfassung des Deutschen Reiches. Leipzig, A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung (Georg Böhme), 1901. 124 S. 8°. M. 2.50.

Das Buch ist ein Abdruck von sechs „Hochschulvorträgen für das bürgerliche Leben", die der Verf. an der Rostocker Universität gehalten hat. In ihnen giebt er eine kurze Uebersicht über die ganze deutsche Reichsverfassung. Wie er im Vorwort sagt, waren die Vorträge vorwiegend, wenn auch nicht ausschliesslich, für das gebildete Laienpublikum berechnet. Gleichwohl findet auch der Fachkundige manche neue Gedanken; freilich sind es solche, die zum Widerspruch reizen.

Meistens der in der Literatur herrschenden Meinung folgend, entwirft er in grossen Zügen und in fesselnder Darstellung ein Bild von der rechtlichen Natur des Reiches, vom Reichsgebiet und Reichsvolk, von den Reichsorganen (Kaiser, Bundesrath, Reichstag und Reichsbeamten), endlich von der staatsrechtlichen Stellung Elsass-Lothringens und der Schutzgebiete.

Vollkommen abweichend von der herrschenden Lehre ist die Darstellung, die dem „Träger der deutschen Reichsgewalt" gewidmet ist. Auf S. 43 sagt der Verf., Träger der Reichsgewalt sei nicht das Reich, „sondern eine von diesen verschiedene Korporation, die ihre Mitglieder in den Trägern der partikularen Staatsgewalten des Reiches finde, also in den 22 Bundesfürsten und den 3 Körperschaften der Hanseatischen Bürgerschaften". Organe dieses Trägers seien Kaiser und Bundesrath (S. 44). Prüfen wir diese Ansicht auf ihren juristischen Gehalt. Der Staat ist eine juristische Person des öffentlichen Rechts. Das giebt auch der Verf. auf S. 9 zu und bekennt sich

damit als Anhänger der Korporationstheorie. Das Wesen der öffentlichrechtlichen Persönlichkeit des Staates besteht nun darin, dass er das Subjekt von obrigkeitlichen Herrschaftsrechten ist. Legt man diese jemand Anderem bei, sei es dem Monarchen, sei es dem Volke, oder gar, wie dies GEFFCKEN thut, einer vom Staate verschiedenen juristischen Person, dann nimmt man dem Staat eben die Eigenschaft, Rechts subjekt zu sein, und macht ihn zum Objekt eines fremden Rechts. Vom Standpunkt der Auffassung des Staates als einer öffentlich-rechtlichen Korporation ist GEFFCKEN's Lehre unhaltbar; denn sie ist ein Rückfall in die alte patrimoniale Auffassung, die den Staat spaltet in rex und regnum.

Ist der Staat selbst Subjekt seiner Herrschaft, so ist der ganze Begriff vom „Träger der Staatsgewalt" unnütz; denn entweder versteht man unter dem „Träger" ein Staatsorgan, dann ist die Bezeichnung „Träger" überflüssig — oder man versteht unter dem Träger der Staatsgewalt eine vom Staate verschiedene Person, dann ist dieser Begriff, weil mit der rechtlichen Natur des Staates unvereinbar, unhaltbar. Auf keinen Fall können wir ihn brauchen. Ihn zum alten Eisen geworfen zu haben, ist das bleibende Verdienst von LABAND und JELLINEK.

Doch das ist nicht der einzige Punkt, der uns zum Widerspruch herausfordert. S. 6 lesen wir, das völkerrechtliche Verhältniss, in dem heute das Deutsche Reich, Oesterreich-Ungarn und Italien stehen, unterscheide sich vom Deutschen Bunde nicht durch seine rechtliche Natur, sondern nur durch den geringeren Umfang seiner Zwecke. Darauf ist Folgendes zu erwidern: Die Staatenvereinigungen zum Zwecke einer einheitlich geführten auswärtigen Politik treten u. A. in den Formen der Alliance und des Staatenbundes auf. Was die beiden aber von einander trennt, ist, dass der Staatenbund ein von den Staaten gebildetes gemeinsames Organ hat, die Alliance jedoch nicht. Der Deutsche Bund hatte im Bundestage ein solches; dem Dreibund fehlt es. Darum war jener ein Staatenbund und darum ist dieser eine Alliance.

Noch ein weiterer Punkt bedarf der Berichtigung. Auf S. 26 lesen wir, in der Monarchie sei der Fürst zwar Staatsangehöriger, nicht aber Staatsunterthan, da er unverantwortlich sei. Nun, auch der Geisteskranke ist unverantwortlich; und doch sind auch Narren Unterthanen. Mir scheint die Sache so zu liegen: Die Staatsangehörigkeit erzeugt Rechte und Pflichten. Nach der Seite der Berechtigung nennt man den Staatsangehörigen Staatsbürger, nach jener der Verpflichtung Unterthan. Der Staatsangehörige ist Unterthan des Staates und nicht des Monarchen. Auch dieser hat als Staatsangehöriger Pflichten und ist darum Unterthan des Staates, dessen höchstes Organ er ist.

Nun ein Wort über die Methode des Verf. Im Vorwort sagt er, er wolle durch die Veröffentlichung der Vorträge „mit dem juristischen Verständniss der deutschen Reichsverfassung gleichzeitig die Freude am geeinigten Vaterlande fördern". Das ist ein bedenklicher wissenschaftlicher

Grundsatz; denn der Patriotismus findet selten seine Befriedigung in streng wissenschaftlichen juristischen Untersuchungen, und diese werden wieder ihrerseits nicht gefördert durch patriotische Reden. Rechtswissenschaft und Politik sollen fein säuberlich auseinandergehalten werden; denn sonst wird ein verschwommenes Bild geboten, in dem in der Regel die juristische Darstellung, die Klarheit, Unbefangenheit und rücksichtslosen Freimuth verlangt, zu kurz kommt.

Nur der Vermengung von juristischer und politischer Betrachtungsweise ist es zuzuschreiben, wenn Geffcken im Deutschen Reiche eine Oligarchie sieht (S. 17). Für den Juristen kann die Verfassungsform eines Staates nur entweder monarchisch oder republikanisch sein, je nachdem die Sanktion der Gesetze durch Einen allein oder durch ein Kollegium erfolgt. Juristisch betrachtet ist das Deutsche Reich eine Republik.

Wenn Geffcken auf S. 46 vom „Erben" des preussischen Thrones spricht, wenn er auf S. 72 lehrt „die Wahl des Deutschen Reichstages sei ein Herrscher-, ein Regierungsakt der die Körperschaft der Reichsbürger bildenden Wahlberechtigten", wenn er weiter auf S. 45 sagt „des Kaisers Gewalt sei von keiner menschlichen Macht, sondern allein von Gottes Gnaden abhängig", so mag an diesen Worten vielleicht das patriotische Herz seine Freude finden; der juristische Verstand vermag dies nicht.

Die Aufgabe der Kritik ist vorwiegend eine negative; sie soll die Mängel aufdecken. Es wäre aber unbillig, wollte ich schliessen ohne ein Wort der Anerkennung. Geffcken hat es verstanden, den gewaltigen Stoff auf einem engen Raum in geradezu vollendeter Darstellung dem Leser vor Augen zu führen, dabei seinen Standpunkt stets kräftig betonend. Wenn er dann manchmal daneben haut, thut er dies freilich auch kräftig.

Innsbruck. Max Kulisch.

W. Kaufmann, Die Rechtskraft des internationalen Rechts und das Verhältniss der Staatsgesetzgebungen und der Staatsorgane zu demselben. Stuttgart, Ferd. Enke, 1899. VIII u. 126 S. gr. 8°. M. 4.—.

Ein gehaltvolles, aber darum auch recht schweres Buch. Es geht auf's Ziel los, den Nachweis zu liefern, dass die internationale Gemeinschaft die Quelle ist für die rechtsverbindliche Kraft des internationalen Rechts. Das ist schon oft und vielleicht auch schon in fasslicherer Darstellung gesagt und bewiesen worden. Kaufmann geht über diese, wenn ich so sagen darf, Errungenschaftsgemeinschaft der bisherigen Dogmatik hinaus und stellt den Ausbau der These her durch den Gedanken, dass nicht bloss Staaten heute in berechtigenden und verpflichtenden wechselseitigen Beziehungen stehen, sondern „die internationalen objektiven Rechtsordnungen regeln auch Rechte und Pflichten der verschiedenen Staaten unterthanen Individuen zu

einander und zu den verschiedenen Staaten und ferner Rechtspflichten der Staaten unterthäniger, aber selbständiger Organisationen u. s. w. gegenüber international ausgedehnten Bevölkerungskreisen“ (S. 3). Wer nicht die tiefer liegenden Wurzeln dieses etwas spröde formulirten Gedankens ausgräbt, könnte leicht zur Annahme kommen, dass hier ein alter Grundsatz der Lehre nur neu textirt worden wäre. Dass KAUFMANN damit nicht Längstgesagtes wiederholen will, wird aber dann besonders erkennbar, wenn wir uns auf die Banalitäten und Undenkbarkeiten der älteren Schule besinnen, die die Souveräne zu den wichtigsten Subjekten des rechtsbildenden Staatenkreises gemacht hatte. Das Novum liegt bei KAUFMANN, soweit ich ihm durch das stellenweise recht verschlungene Dickicht seiner Beweisführung folgen kann, in nachstehender Erwägung. Es besteht nicht nur eine Staatengesellschaft, sondern verschiedene Staatengesellschaften je nach der Verschiedenheit des Centrums der Interessengemeinschaft, um die sich jeweilig andere Staatengruppen lagern. Das ist ein sehr richtiger und vor Allem für die Frage der sogenannten „Positivität des Völkerrechts“ sehr fruchtbarer Gedanke, der, so nahe liegend er auch sein mag, bisher in der Litteratur noch nicht so deutlich wie von KAUFMANN mit den Worten ausgedrückt worden ist: „in Beziehung auf jede einzelne spezielle internationale objektive Rechtordnung ist je die betreffende, verschiedene staatlich organisirte Volksgemeinschaften in sich befassende internationale Völkergemeinschaft, um deren willen diese internationale objektive Rechtsordnung da ist, das Subjekt derselben“ (§ 1). Ohne damit irgendwie KAUFMANN die Priorität streitig machen zu wollen, glaube ich dem Gedanken nahe gekommen zu sein, indem ich vor mehreren Jahren (Deutsche Juristen-Ztg. 1898) auf die verschiedene Tauglichkeit und das Ausmass der Organisation der europäischen Staaten hinwies zur Herstellung neuer grosser Verwaltungsgemeinschaften.

Durch jene Formel KAUFMANN's, wie durch sein ganzes Buch geht aber auch noch ein zweiter anscheinend ebenso einleuchtender Gedanke: es besteht nicht nur eine Staatengesellschaft, sondern die Gruppirung der Interessenten nimmt ausser- oder überstaatliche Organisation zum Mittel- oder Direktionspunkt und zwar so, dass nicht die Angehörigen der Staaten A, B, C als kompakte Massen sich zu einer Gemeinschaft zusammenschliessen, sondern nur bestimmte Interessenten aus A, B, C treffen sich in der Bewerthung und im Bedürfniss nach gemeinsamem Schutz desselben Rechtsguts. Auch hier erblickt KAUFMANN eine Recht erzeugende Gemeinschaft. So verlockend auch dieser Programmpunkt KAUFMANN's auf den ersten Anblick erscheint, er hält doch vor einer schärferen Prüfung nicht Stand. Gilt das Wort: man kennt, was man liebt, — so lässt es sich auch zuweilen dahin umstellen, — man liebt, was man kennt. KAUFMANN hat sich aus einer sehr eingehenden Kenntniss der internationalen Verwaltungs- und Exekutivorgane, der internationalen Staatsschulden-Kontrollkommissionen etc. zu einer effektiven Ueberschätzung ihrer Rolle im Völkerrechtsleben ver-

locken lassen. Er legt diesen wie einzelstaatlichen Behörden und Organen unmittelbar selbständige Rechtspflichten auf aus „staatsverträglich gesetztem internationalem Recht". Das halte ich aus Gründen, die ich hier zu wiederholen oder näher zu entwickeln leider mir versagen muss, für ebenso unrichtig, wie ich es für durchaus richtig halte, dass KAUFMANN die Begründung von subjektiven Rechten der Individuen kraft Völkerrechts, wenn auch in verschiedenen Abstufungen, für thatsächlich vorhanden annimmt. Der Grund meiner Zustimmung wie meines Widerspruches ist immer der gleiche, der sich dem KAUFMANN'schen Prinzip entgegenstellt: die Staatsangehörigkeit der Individuen, bezw. der einzel- oder mehrstaatliche Charakter jener internationalen Organisationen bildet den nothwendigen Durchgangspunkt, den diese wie jene erreicht haben müssen, um in das Licht völkerrechtlicher Betrachtung und völkerrechtlicher Persönlichkeit gelangen zu können. Hier liegt ein dogmatischer Dissenspunkt vor, der wohl erst in der Revisionsinstanz der monographischen Untersuchung seine endgültige Lösung oder Aufhellung finden kann. — Vorläufig anerkenne ich willig, dass KAUFMANN zur Fundirung seiner Thesen sich sehr umsichtig positivrechtliches Quellen- und Judikatenmaterial aus der Gesetzgebung und Rechtsprechung aller Kulturstaaten zu sichern bemüht war; er vermeidet es grundsätzlich den Boden des positiven Rechts unter den Füssen zu verlieren. Er sucht sich auch nicht an eine Schulautorität zu klammern, sondern erkennt die Pflicht selbständiger Beweisführung in vollem Umfange an. KAUFMANN hat darum in seinen Ausführungen über die Bildung und „Inwirksamkeitsetzung", sowie über die Rechtskraft internationaler Rechtsordnung mittelst einer in unserer fachlichen Litteratur bisher wenig angewandten methodischen Heranziehung namentlich des amerikanischen Reports, einen wichtigen Beitrag zur Lehre von der überstaatlichen Norm, vom Staatsvertrage, seiner Eingehung, Geltung und Wiederaufhebung geliefert, der der Klarstellung des komplizirten Problems von dauerndem Nutzen sein wird. KAUFMANN's Schreibweise fordert den Einsatz intensiven Nachdenkens und willigen Eingehens auf die Intentionen des Verfassers. Das ist nicht Jedermanns Sache; wer aber den Einsatz leistet, kann auf reichen Gewinn zählen. Das wird freilich nicht hindern, dass namentlich die in französischer und englischer Sprache erscheinenden Werke unseres Fachs mehr als ein Menschenalter werden vorüberziehen lassen, bevor sie aus den grundlegenden Studien KAUFMANN's den sich darbietenden reichen Nutzen ziehen werden. Stoerk.

Staatslexikon. Herausgegeben im Auftrage der Görres-Gesellschaft zur Pflege der Wissenschaft im katholischen Deutschland durch ADOLF BRUDER, nach dessen Tode fortgesetzt durch JULIUS BACHEM, Rechts-

anwalt in Köln. Freiburg i. B., Herder'sche Verlagshandlung, 1892–1897. Fünf Bände in Lex.-Okt. M. 69.—.

Zu den wenigen gewinnenden Zügen, die das parteipolitische Leben in Deutschland aufzuweisen vermag, wird unzweifelhaft die feste Zuversicht, der stolze Glaube zu zählen sein auf die wissenschaftliche Hebelkraft des jeweiligen parteipolitischen Programms. Im Schutzrahmen der starken deutschen Monarchie hat dadurch das deutsche Parteileben ein höheres Ziel gewonnen, und das „nackte Ringen um die Macht", wie sich v. TREITSCHKE dem Parteigetriebe Frankreichs gegenüber so oft typisch ausgedrückt hat, ist hier einem Kampf um das Wahrheitsideal gewichen.

Wenngleich es in Deutschland zum guten Ton gehört, das Parteiwesen schlechthin abzulehnen — sofern die anderen Parteigruppen in Betracht kommen, — so gewinnt jenes doch innere Rechtfertigung und die Kraft eines Kulturelements, wenn wir seine Anstrengungen für die Aufrichtung eines wissenschaftlichen Gebäudes auf eigenem geistigen Grund und Boden in Anschlag bringen. Der Nachdruck liegt hier auf: Anstrengungen, denn die thatsächlichen Erfolge dauernder Natur, die etwa die freihändlerische Schule, die Lehre STAHLS oder die liberalisirende Gesellschaftswissenschaft, um nur einige der Hauptrichtungen hier zu erwähnen, thatsächlich erzielt haben, tragen kaum die verlockende Kraft in sich, den einzelnen parteilosen Arbeiter aus seinem isolirten Wirken zur Kollektivarbeit nach feststehendem Parteikanon zu veranlassen. Gleichwohl fällt den grossen Sammelwerken der ROTTECK-WELCKER, der BLUNTSCHLI-BRATER, den Handbüchern und Encyklopädien v. HOLTZENDORFF's, v. SCHÖNBERG's u. a. noch bis in die achtziger Jahre hinein der Charakter von programmatischen Arbeiten zu, von Kollektivleistungen einheitlicher Grundanschauung der an der Arbeitsgemeinschaft betheiligten Fachmänner. Immerhin lag hier die Tendenz nicht im Plan des Gesammtwerkes, sondern trat als natürliches Ergebniss heraus aus dem Zusammenschluss fachlich erprobter Männer von gleicher oder doch nahe verwandter Welt- und Staatsanschauung. Hier liegt die scharfgezogene Scheidelinie, die das im Norden Deutschlands so überaus einflussreiche Werk HERMANN WAGENER's von ähnlichen Publikationen trennt. Sein in den Jahren 1859 bis 1868 erschienenes Staats- und Gesellschaftslexikon in 24 Bänden sollte eine bestimmte parteipolitische Tendenz zum Ausdruck bringen, die dann gleichsam hinter jedem Mitarbeiter stehend, den Geist und Gang eines jeden Beitrages bestimmte. Es wäre verkehrt, die hohe praktische und dogmatische Bedeutung dieses Werkes zu verkennen, das mit dem ganzen Schwergewicht der preussischen Büreaukratie und Publizistik in den Streit der Meinungen eingegriffen hat. Es war nur natürlich und vollauf berechtigt, dass gegen diese Aktion des deutschen Nordens und Ostens die entsprechende Reaktion im Westen und Süden Deutschlands sich erhob und zum litterarischen Ausdruck drängte. Wie dort die vorherrschende konservative Partei WAGENER's Staatslexikon zu ihrem Sprachrohr gemacht hatte, so forderte hier im Westen

und Süden die führende katholische Partei die Herausgabe einer ihren Prinzipien entsprechenden Gesammtdarstellung der heute im Mittelpunkt der rechtswissenschaftlichen, volkswirthschaftlichen und sozialpolitischen Diskussion stehenden fundamentalen Begriffe von Religion und Moral, Recht und Gesetz, Staat und Kirche, Familie, Eigenthum, politischer Gewalt, Gesellschaftsleben etc. Die planmässige Durchführung des bis zum Jahre 1878 zurückreichenden ersten Programms war in die Hände der Görres-Gesellschaft gelegt. Ohne Ueberstürzung wurde das von Prof. v. Hertling 1880 entworfene systematische Programm unter seiner fachlichen Leitung und nach einer umsichtigen Arbeitstheilung unter die Redaktion Adolf Bruder's gestellt. Diese Wahl gab den Ausschlag für das volle Gelingen der wissenschaftlichen Seite des Unternehmens. Wer A. Bruder in seinem stillen Wirken in den Schätzen einer Bibliothek, wie es die Wiener Universitätsbibliothek, beobachten und ihm dort näher treten konnte, wie es Referent in Wien noch gethan, der erkannte frühzeitig, dass Bruder zu den im deutschen Bibliotheksdienst nicht seltenen emsig wirkenden Forschern zählte, die dem grossen von ihnen verwalteten Bildungs- und Wissensstoff nicht fremd gegenüberstehen, sondern ihn mit dem Fleisse eines Arbeiters tief im Schacht zu bewältigen und zu Tage zu fördern bemüht sind. Seine dem öffentlichen Recht und den Grenzgebieten der Staatswissenschaften angehörigen Beiträge zum Staatslexikon bilden daher ebensoviele in ihrem vollen Werthe zu würdigende Beiträge für die Pflege der Disziplin und dürfen fortan nicht unter dem Vorwande einer parteipolitischen Tendenz im System der wissenschaftlichen Gesammtarbeit übersehen werden. Das Gleiche gilt bei unbefangener Prüfung und Würdigung auch von den Arbeiten und fachlichen Beiträgen Julius Bachem's, der nach A. Bruder's Tod die schwierige Leitung des wissenschaftlichen Unternehmens in seine feste und zielbewusste Hand nahm. Tritt hier auch öfter und prononcirter der Parteimann und Parteiführer hervor, als etwa in den Beiträgen des ersten Herausgebers, so kommt Bachem's Studien doch der grosse Vortheil zu statten, den der Mann der Praxis allezeit vor dem theoretischen Forscher voraus hat. Namentlich gilt dies von seinen knappen aber doch meist gut orientirten Arbeiten über Gewerberecht, modernes Verfassungsrecht, Parlamentsrecht u. a. Freilich wird nicht Jeder im vielfach gespaltenen modernen Juristenlager diese sowie der anderen Mitarbeiter Momentbilder als gut getroffen ansprechen, als genaue Ausprägungen der juristischen Wirklichkeit in allen ihren Zügen und Einzelheiten. Aber Eins wird jeder empfängliche Leser des Staatslexikons bei Heranziehung seines aufschlussreichen Quellenstoffes, seiner ausführlichen Litteraturnachweise in Erfahrung bringen, dass die lexikalische Anordnung der Monographien ihnen nichts von ihrem fachwissenschaftlichen Werthe nimmt, und dass diese inhaltlich die Auskunft bringen, die regelmässig von einem Werke, wie es das vorliegende ist, ordnungsmässig erwartet werden kann.

Die einzelnen Beiträge sind dabei natürlich sehr verschieden an Methode und Kunst der Gestaltung, an Beweiskraft und Sachlichkeit der Darstellung. Gleichwohl wird anerkannt werden müssen, dass ein hervorragender Stab von Praktikern und Theoretikern sich mit Eifer in den Dienst des Unternehmens gestellt und die Aufgabe gut gelöst hat: wir verweisen u. a. auf die fachlichen Beiträge der Rechtsanwälte C. Bachem, Jul. Bachem, Goertz, Heer, Schwering, auf die zahlreichen Mitarbeiter aus Richterkreisen: v. Buol-Berenberg, Franck, Gröber, Letocha, Rintelen, Roeren, Schaffeld, Spahn, v. Strombeck, aus der Verwaltung: v. Biegeleben, v. Huene, Menzinger, v. Salis-Soglio, Scheimpflug, Schmedding, auf zahlreiche Hochschullehrer Deutschlands und Oesterreichs u. s. w. Ich habe dabei an dieser Stelle in pflichtmässiger Einseitigkeit nur hauptsächlich Stichproben aus dem Gebiete des öffentlichen Rechts ins Auge gefasst, aber auch Fragen philosophischer, geschichtlicher, wirthschaftstheoretischer und sozialpolitischer Natur haben umfangreiche Behandlung gefunden. Obwohl bei diesen, im Grundton wie in der Art der Beweisführung die parteipolitische Note meist schärfer heraustritt als bei den streng rechtswissenschaftlichen Beiträgen, geben sie doch dem gesammten Aufbau des Werkes Ergänzung und Vollendung, ohne dass die ehrlich und offen festgehaltene Tendenz dem wissenschaftlichen Gehalt irgendwie erheblichen Abbruch thut. Als zusammenfassende Darstellung des wissenschaftlichen Credos einer in weiten und breiten Volkskreisen wurzelnden politischen Partei ist das Staatslexikon auch für den parteilosen Litterarhistoriker ein Theil und zudem ein sehr wichtiger Theil der geistigen Bilanz des XIX. Jahrhunderts und gewährt einen ziemlich verlässlichen Einblick in den Bestand des geistigen Besitzkapitals der lebenden Generation. Das wird derjenige, der im Staatslexikon eifrig blättert, auch dann anerkennen müssen, wenn er dabei auf einzelne Züge stösst, die er im Gesammtbild lieber vermisst hätte. — Wir verzeichnen zum Schluss eine technische treffliche Neuerung in der Anlage, die auch bei anderen Sammelwerken gleicher Art dringend empfohlen werden kann, um einer zu weit gehenden Zersplitterung des Stoffes vorzubeugen und zusammenhängende Materien doch in grösseren Monographien bewältigen zu können, ist eine möglichst grosse Zahl von technisch-juristischen Stichwörtern in alphabetischer Ordnung alle Bände hindurch angebracht; die zusammengehörigen Begriffe tragen jedoch in Seitenzahlen die übereinstimmenden Hinweise auf den Hauptartikel, in welchem die Detailfragen ihre zusammenhängende und erschöpfende Behandlung gefunden haben. Im Wege dieses so überaus einfachen und doch methodischen Verfahrens sind die Vortheile des Lexikons gewahrt, zugleich ist aber doch auch den unabweislichen Forderungen der wissenschaftlichen Systematik in weitgehendem Masse entsprochen worden. Stoerk.

Paul v. Roth, Bayrisches Civilrecht. **Zweite gänzlich umgearbeitete Auflage unter Berücksichtigung des neuen Reichscivilrechts, bearbeitet von** Heinrich Becher. Drei Theile in sechs Bänden und einem Registerheft. Tübingen, H. Laupp, 1881—1899. 8°. M. 59.60.

Die altbewährte Verlagshandlung hat es als ihre Ehrenpflicht erkannt, das treffliche Werk unter hervorragender fachlicher Leitung in einer, dem jüngsten Rechtszustande angepassten Bearbeitung neu aufzulegen. Damit ist nicht nur dem Civilrecht, sondern in ganz hervorragendem Masse auch dem deutschen öffentlichen Recht ein hervorragender Dienst geleistet worden. Der Grund hierfür liegt in der eigenartigen Stellung des gesammten bayrischen Rechts zum Gesammtrechtssystem des Deutschen Reiches. Der hier für das Partikularrecht ausgesparte Raum — um ein Bild der Maltechnik zu verwerthen, — ist weit grösser als irgendsonst und im Mittelpunkt des Rechtssystems gelegen, nicht an seiner äusseren Randlinie.

Vor mehr als zehn Jahren hat O. Mayer (im 3. Bande des Archivs für öffentliches Recht) zutreffend die durch das Bürgerliche Gesetzbuch, das damals erst in Aussicht stand, bevorstehende Grenzregulirung erörtert zwischen dem deutschen Privatrecht und dem öffentlichen Recht der Einzelstaaten. „Das sich auflösende deutsche Privatrecht sagte M., wird uns eine ganze Reihe von Rechtsinstituten herausgeben, die es jetzt noch in Anspruch nimmt.“ Die Allgemeingültigkeit dieses Grundsatzes der Stoffgliederung hat seine Beschränkung gefunden im juristischen „Vorbehaltsgut“ des bayrischen Partikularrechts. Wie weit da wichtige Theile des öffentlichen Rechts hineinragen, wie gross die Enklaven dieses Normenstoffes im Rechtssystem Bayerns sind, das wird kaum aus einem anderen Werke so klar, wie aus dem vorliegenden. Im Interesse der nothwendigen Uebersicht ist es darum dankbar zu begrüssen, dass beim jüngst erfolgten Abschluss des Werkes ihm ein so in's Detail gehendes gewissenhaftes Sachregister beigegeben worden ist, das sofort erkennen lässt, in welchem Umfange sich das Roth-Becher'sche Werk als nothwendige Ergänzung zu den fachlichen Bearbeitungen des Staats- und Verwaltungsrechts des zweitgrössten deutschen Staates darstellt. So in Ansehung des Adelsrechts, der vermögensrechtlichen Ansprüche der Staatsdiener und ihrer Angehörigen, des Fideikommisswesens, der Vermögensrechte der Kirche, der Rechtsverhältnisse des landesherrlichen Hauses, des Gemeinde- und Heimathsrechts u. s. w. Dazu kommt, dass das Eherecht und Armenwesen noch ein System internationalrechtlicher Verkehrsnormen innerhalb des Deutschen Reiches zur Anwendung bringen lassen. Wer bei aller Anerkennung der relativen Vorzüge der Rechtseinheit sich doch auch den historischen Sinn für die Triebkräfte des Mannigfaltigen im Rechtsleben der deutschen Völker gewahrt hat, der wird in der vorliegenden gross angelegten und tiefgehenden Arbeit auch eine wichtige Fundquelle für den gegenwärtigen Bestand des deutschen öffentlichen Rechts erblicken und dankbar begrüssen.

M. B.

Aufsätze.

Die öffentlich-rechtliche Natur des neuen deutschen Vormundschaftsrechtes.

Von

Amtsrichter Dr. GLAESSING in Offenbach a. Main.

Einleitung.

Sowohl die Gebote der Vernunft und Ethik wie die Geschichte der Staatenbildungen weisen die Rechtssubjektivität in das Gebiet der allgemeinen öffentlichen Ordnung und erheben damit das ganze Privatrecht auf die öffentlich-rechtliche Grundlage der Persönlichkeit. Dieser Rechtsbegriff oder, wie JELLINEK [1] treffend bemerkt: „kein Naturwesen, sondern eine Abstraktion" hat nach allgemein heute anerkannter Auffassung auch im Gebiete des öffentlichen, nicht nur des privaten Rechtes eine besondere Entwickelung erfahren. Im Staate der Gegenwart hat sich in dem denkbar weitesten Umfange seines Herrschaftsbereiches dieser Uebergang vom Wesen zur Person längst vollzogen. Es genügten die allgemeinsten Berührungspunkte, wie Domizil, Wohnort, Anwesenheit oder irgend eine wirtschaftliche

[1] Gesetz und Verordnung S. 193.

Beziehung, auch selbst im internationalen Verkehr lässt das neue Recht die eigenen, die Persönlichkeit anerkennenden Rechtsätze für Ausländer entscheiden. Mit der Anerkennung der Person ist auf derselben Grundlage das Interesse und der Anspruch auf staatlichen Rechtsschutz erwachsen, der heute kraft öffentlichen Auftrages durch das richterliche Staatsorgan bei jeder Gefährdung und Beeinträchtigung im Rahmen des Prozesses befriedigt wird. Ist über das Wesen und den öffentlich-rechtlichen Charakter dieses Anspruches dank der überzeugenden Ausführungen WACHS [2] Klarheit vorhanden, so herrscht doch Zweifel auf dem der Rechtsprechung verwandten [3] Gebiete staatlicher Thätigkeit, in welchem zur Ermöglichung der Teilnahme am Rechtsverkehr und zur Sicherung des durch die Rechtsfähigkeit gegebenen Rechtsgenusses ein besonders wirksamer Rechtsschutz durch die Obervormundschaft ins Leben gerufen ist.

Ein Blick auf die äussere Anordnung des Systems in den Werken führender Lehrer des Rechtes zeigt die Vormundschaft im Obligationen- und Familienrecht [4] teilweise auch ohne Begründung als besonderes Gebiet nach dem Familienrecht [5].

In den Darstellungen des öffentlichen Rechtes sucht man dieselbe vergebens, gelegentlich macht hier und da eine Bemerkung auf die Möglichkeit ihrer Existenz in diesem Rechte aufmerksam [6].

---

[2] Handb. f. Civ.-Pr. S. 22, Laband, Staatsrecht II S. 338, 2. Aufl.

[3] In beiden Gebieten kann nicht der Einzelne, sondern nur der Staat kraft seiner höheren Gewalt „Recht geben, der Rechtspflege des civilprozessualen Urteils entspricht die Rechtsproduktion des vormundschaftlichen Amtes, dem hinter dem Urteil stehenden staatlichen Befehl die vollziehende Gewalt des Vormundschaftsgerichts.

[4] WINDSCHEID, Pandekten Bd. II S. 432 Anm. 4 und PUCHTA § 331.

[5] VANGEROW, WENIG-INGENHEIM und viele andere.

[6] Ein Blick in die gross angelegten Lehrbücher und Sammelwerke des öffentlichen Rechts genügt für die Richtigkeit der Angabe im Texte, insoweit nicht im Völkerrechte die internationale Bedeutung des Vormundschafts-

Der Stellung DERNBURG's, welcher das Recht der Ehe, der väterlichen Gewalt und der Vormundschaft unter dem Titel „Familienrecht" mit Rücksicht auf das gemeinsame persönliche Abhängigkeitsverhältnis und die Gleichartigkeit des historischen Ausgangspunktes vereinigt, folgt das neue Recht, indem es die Vormundschaft dem Familienrecht einreiht.

Wenn an sich die äussere Regelung der Platzfrage einer Vorschrift im Rechtssystem selbst in denjenigen Fällen für die Rechtsnatur der Bestimmung nicht entscheiden kann, in welchen der Gesetzgeber durch das Sammelwort der Ueberschrift oder vermittelst gelegentlicher Bemerkungen über die dogmatische Natur der Sätze Ansichten zu äussern scheint, so gilt dies in erhöhtem Masse von der neuen Kodifikation, welche „grundsätzlich" nur das „bürgerliche Recht" regelt. Diese Abweisung jedes der Punkte, welche in dem geschlossenen Bau des Rechtssystems das private und das öffentliche Recht innig verbinden, ercheint nicht folgerichtig, wenn man erwägt, dass die Kodifikation nach Art. 32 E.-G. sich in aufhebender Richtung auch auf Vorschriften von teilweise öffentlich-rechtlichem Charakter[7] erstreckt, andererseits ihrem Inhalt nach für die Zukunft Rechtsgebiete regelt, die nicht nur nach dem Wortlaut und Geiste des Gesetzes sowie nach dem Sinne der übereinstimmenden Ansichten in sämtlichen Vorarbeiten und Vorverhandlungen nicht dem bürgerlichen Rechte, sondern auch nach den Worten der Motive dem öffentlichen Rechte allein angehören.

Die Bestimmung und Abgrenzung letzteren Gebietes hat man unter Aufrechterhaltung des Standpunktes, welcher schon bei der Beratung der Reichsjustizgesetze zur Ablehnung jeder Definition führte, auch nunmehr der Wissenschaft und der Entschei-

---

rechts gewürdigt wurde. Auch MEYER's Aufsatz über die Zwangsgewalt in STENGEL's Lexikon Bd. II S. 1008 gedenkt trotz seiner allgemeinen Fassung nicht der seitherigen Zwangsgewalt des Vormundschaftsrichters.

[7] S. Motive S. 147.

dung im Einzelfalle überlassen. Hiernach bleiben auch unter der Herrschaft des einheitlichen Reichsrechtes der Rechtswissenschaft die Entscheidungen vorbehalten, welche seither in den streitigen Grenzgebieten mangels einwandsfreier Regelung über die formelle Geltendmachung bestimmter Ansprüche zu fällen waren. Sind damit gewisse die Autorität des Staates und das Ansehen der Rechtswissenschaft schädigende Nachteile nicht erspart, so kann doch andererseits der Gesetzgebung ein besonderer Tadel wohl nur insoweit ausgesprochen werden, als es gänzlich abgelehnt wurde, durch Regelung streitiger Grenzgebiete dem Ideale der Lösung des Problems schrittweise näher zu kommen. Wir glauben, dass dieser Tadel, der sich hinsichtlich der Ansprüche und Haftverbindlichkeit der Beamten vielleicht als begründet erweist, bei dem nach seiner bisherigen Stellung als streitiges Grenzgebiet zu beurteilenden Vormundschaftsrecht nicht wohl zu rechtfertigen ist. Die neue positive Regelung des B. G.-B., an Klarheit der einschneidendsten Konsequenzen nicht vergleichbar mit der bunten Schattierung des alten Rechtszustandes der Vormundschaft, enthält eine grosse Anzahl von Bestimmungen, welche einen sicheren Schluss auf die Rechtsnatur dieser vormundschaftlichen Vorschriften gestatten. Wenn hierzu der Gesetzgeber zunächst unbekümmert um die theoretische Antastbarkeit seines Ideenganges und ohne Definition des auch in der Wissenschaft nicht gänzlich feststehenden Begriffes des öffentlichen Rechtes von letzterem spricht und seinem Willen zwingenden Ausdruck verleiht, so müssen wir überall da, wo Zweifel in der Uebereinstimmung des Wortlautes und der Absicht nicht obwalten können, öffentliches Recht im Sinne des B. G.-B. annehmen. Den Nachweis dieser Rechtsqualität für das neue Vormundschaftsrecht zu erbringen, ist der Zweck dieser Abhandlung.

Wir beginnen mit der Stellung dieser Rechtsmaterie zu den Ergebnissen bekannter Theorien des öffentlichen Rechtes und der

neuesten bahnbrechenden Gesetzgebung des Reiches auf dem Gebiete öffentlich-rechtlicher Fürsorge, um hierauf den theoretischen, diese Arbeit beherrschenden Grundgedanken an die Spitze der folgenden Einzeldarstellungen zu stellen.

Nach diesem Abschnitt I wird in II den Rechtswirkungen des neuen Vormundschaftsrechtes insbesondere hinsichtlich der Abgrenzung der privatrechtlichen Dispositionsmacht bei Begründung des vormundschaftlichen Verhältnisses, den Aemtern des Vormundes und Obervormundes nach Inhalt und Natur der Begründungsakte sowie der mit der Einleitung der Vormundschaft gegebenen Verantwortungen ein Ueberblick gewidmet. Der Stellung im Strafrecht und der praktisch für die Verantwortung des Richters hochbedeutsamen Frage der „schuldhaften“ Unterlassung eines Rechtsmittels ist hierbei besonders gedacht.

In Abschnitt III ist die gleichfalls praktisch wichtige und nach Lage des Einzelfalles unter Umständen sehr zweifelhafte Frage erörtert:

Wie verhält sich der Umfang der dem Vormundschaftsrichter nach neuestem Reichs- und Landesrecht verliehenen Entscheidungs- und Vollziehungsgewalt zu der Frage des Rechtsweges?

Hiermit schliesst der erste Teil dieser Abhandlung.

Als zweiter Teil sollen demnächst erörtert werden:

I. Die Stellung des Vormundes bei der ihm obliegenden Aufgabe der Vermögensbeschaffung, der Realisierung der Erbrechte seines Pflegebefohlenen im Verhältnis zur privatrechtlichen Dispositionsmacht. Hierbei wird insbesondere der nationalen Aufgabe des Erbrechtes, der Nachlasssicherung und Beschaffung nach Reichs- und neuem Landesrecht, dem Einflusse des Vormundschaftsrechts auf das Eltern-, Ehe- und eheliche Güterrecht auch hinsichtlich der öffentlich-rechtlichen Fragen der Uebergangszeit gedacht.

II. Die Kollision privatrechtlicher Rechtsakte mit Vorschriften im Gebiete der engeren vormundschaftlichen Verwaltung.

III. Die aus der öffentlichen Rechtsqualität folgenden von der Civilprozessordnung verschiedenen Begriffe der Anfechtbarkeit und Nichtigkeit insbesondere

a) bei den Rechtsfolgen der fehlerhaften Begründung des vormundschaftlichen Verhältnisses,

b) bei den Rechtswirkungen einer Einschränkung der vormundschaftlichen Vertretungsmacht.

IV. Die landesrechtliche Organisation des obervormundschaftlichen Amtes, insbesondere der entscheidenden sowie vollziehenden obervormundschaftlichen Gewalt.

I.

Im Interesse theoretischer Klarheit regte einst Bekker[8] an, alle Familienrechte aus dem System des Privatrechtes auszuscheiden, so dass sich letzteres mit dem Vermögensrechte vollständig decke. Die neuere Wissenschaft hat jedoch namentlich seit den durch Schärfe und Klarheit überzeugend wirkenden Ausführungen Wach's die begriffliche Gleichstellung von Privat- und Vermögensrecht verworfen und die gemeinrechtliche Behandlung des Familienrechtes lediglich unter dem Gesichtspunkte seiner vermögensrechtlichen Bedeutung abgelehnt. Auch das neue Recht geht über den Umfang dieser Behandlung weit hinaus und regelt die gesamte Rechtsstellung, welche die Persönlichkeit in ihrer Eigenschaft als Mitglied des durch die Ehe und die Familie geschaffenen Verbandes inne hat. An die Stelle der autokratischen Herrengewalt in der ältesten Organisation der römischen Familie sind im Gange der Entwickelung eigenartige persönliche Abhängigkeitsverhältnisse getreten, deren rechtlicher Inhalt, beeinflusst von den Anschauungen der Sitte und Religion,

[8] Pandekten Bd. I § 25 S. 78.

Ausdruck in zwingenden Normen fand. Auch heute hat der Staat nur aus Gründen der Erhaltung der Gesamtheit, also in Anerkennung öffentlich-rechtlicher Fürsorgepflicht dem Familienverband Selbständigkeit sowie die Festigung einer eigenen Rechtsstellung verliehen und die auf der sittlichen und natürlichen Grundlage der Familien- und Hausgemeinschaft beruhenden Ansprüche auch vermögensrechtlichen Charakters der Privatwillkür entzogen. Kennzeichnet hiernach die das Einzelinteresse verdrängende generelle Zweckbestimmung die absolute[9] Natur dieser auch gegen Dritte wirkenden Rechte, so ist insoweit der öffentlich-rechtliche Charakter für das moderne Familienrecht gegeben. Wenn das B. G.-B. das Vormundschaftsrecht in diese Materie einreiht, so ist diese Stellungnahme nicht nur durch die Rechtsgeschichte begründet, welche die Gemeinsamkeit der Rechtsgrundlagen ersehen lässt. Die bemerkenswerte Stellung ist vielmehr im Zusammenhang mit einer Reihe von Gründen schwerwiegender Natur ein Beweismittel für die von dem Gesetzgeber gewollte öffentlich-rechtliche Qualität seiner neuen Rechtsbildungen. Der von Freunden reiner Systematik in der zweiten Kommission bei der Revisionslesung gestellte Antrag, die Vormundschaft in einem eigenen Buche nach dem Familienrecht zu behandeln, fand nicht Annahme in der Kommission, die abgesehen von der Gemeinsamkeit des geschichtlichen Ursprungs beider Rechte auf das Vormundschaftsrecht, als das Recht der Ergänzung der elterlichen Gewalt die Betonung legte. In der That hat das neue Recht einen scharf formulierten und weitgehenden Ersatz der mangelnden elterlichen Fürsorgegewalt wie durch das Institut des Familienrates die Verwirklichung der

[9] Auch jeder mit dieser Grundlage unvereinbare vermögensrechtliche Anspruch wirkt in dieser Hinsicht nicht für Dritte, da die Grundlagen unabänderlich sind. Der Schutz beschränkt sich nicht nur auf die Fürsorge gegen die Verletzung der aus der Zugehörigkeit zu einer Familie folgenden Rechtswirkungen, sondern schützt auch die Zugehörigkeit als solche durch die Präjudicialklagen.

Vorteile bieten wollen, welche immerhin durch die Konstruktion auch eines weitergehenden genossenschaftlichen Familienverbandes gegeben sind. So hat der Gesetzgeber die dem Inhaber der elterlichen Gewalt als solchen gewährleistete Selbständigkeit und Freiheit der Handlung dem Vormunde nur insoweit untersagt, als dies mit der Sicherheit und den Interessen des Mündels nicht vereinbar erschien und andererseits auf dem Gebiete der Erziehungsgewalt die Dispositionsgewalt des Vormundes nach dem Vorbilde der elterlichen Gewalt konstruiert[10]. Gerade auf letzterem Gebiete wird die dem Einzelnen über andere Personen zuerkannte Gewalt als Mandat des Staates erscheinen, welches letzterer nach seinem eigenen vorwiegenden Interesse an der Fortbildung seines Volkes dem Einzelnen verliehen hat. Wenn die gemeinrechtliche Litteratur für das frühere Recht diese Gesichtspunkte nicht anerkannte, so war hieran in erster Linie die Unsicherheit des seitherigen Rechtszustandes und der äusserst geringe Grad wissenschaftlicher Durchbildung schuld[11]. Ohne Frage haben diese Zustände auch einen nachteiligen Einfluss auf die öffentlich-rechtliche Litteratur üben müssen, welche, soweit sie sich mit dem Familien- und Vormundschaftsrecht überhaupt beschäftigte und diese Gebiete nicht dem privatrechtlichen Obligationenrecht zuweist, sich mit einer gelegentlichen Bemerkung über die Möglichkeit staatlicher Interessen begnügt. Selbst Jellinek, der uns durch sein System mit einem Werke erfreut hat, dessen hervorragende Bedeutung in dem Masse „vorwärtstreibender Kraft" auch von seinen Gegnern anerkannt wird, berührt nur in wenigen Worten die Möglichkeit der Familie als „Institut des öffentlichen Rechtes im Sinne einer auf staatlichen Imperium beruhenden Institution" und leugnet im übrigen die öffentlich-rechtliche Qualität des Familienrechtes. Er erkennt „die aus der Zugehörigkeit zu einem Verbande

---

[10] §§ 1800 1833.

[11] S. Endemann Bd. II S. 589.

(Familie, Verein) sich ergebenden Beziehungen von privatrechtlichem Status und Anspruch" nur „als Analogien mit der dem öffentlichen Rechte angehörigen Relation"[12] an. Im Zusammenhang mit dieser Auffassung ist das alte Vormundschaftswesen nur insoweit erwähnt worden, als es seiner Natur nach zur öffentlichen Verwaltung zählt.

Die Gleichstellung der Familie mit dem Verein lässt es zweifelhaft erscheinen, ob der Verfasser seine Betrachtungsweise dieser Gebiete mit Rücksicht auf ihre mit dem 1. Januar l. J. ins Leben getretene neue Formation ändern würde. Unter Beibehaltung der Grundlagen seines in glänzender Weise durchgeführten Systembaues dürfte hierzu im übrigen in mehrfacher Hinsicht das neue Recht Veranlassung bieten. Beschränken wir uns auf die allein interessierende Frage des Vormundschaftsrechtes und betrachten die Grundpfeiler des Systems, so gelangen wir zu folgenden Sätzen:

1. Im Privatrecht, das stets eine Beziehung von Einzelperson zur Einzelperson voraussetzt, existiert das Recht und der ihm entsprechende aktuelle Faktor: der Anspruch: „dürfen".

2. Zum Schutze dieses Anspruches im Falle seiner Beeinträchtigung und Nichtbefriedigung besteht daneben der öffentlichrechtliche in den Formen des Prozesses oder sonstiger Verfahren realisierbare Anspruch auf Rechtsschutz: „Können".

3. „Das subjektive Recht des Einzelnen auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes besteht ausschliesslich in der Fähigkeit, Rechtsnormen im individuellen Interesse in Bewegung zu setzen." Es ist nach dieser seiner formellen Seite identisch mit Rechtsfähigkeit, Persönlichkeit, mit dem Anspruch zu 2.

Materiell liegt das Kriterium darin, inwieweit die rechtliche Anerkennung des Individualinteresses überwiegend im Gemeininteresse erfolgte.

---

[12] System der subj. öffentlichen Rechte S. 83, 54.

„Ueberwiegend im Gemeininteresse wird aber dem Einzelnen ein Interesse zugebilligt nicht als isolierter Persönlichkeit, sondern als Glied des Gemeinwesens. Demnach ist seiner materiellen Seite nach subjektives öffentliches Recht solches, welches dem Einzelnen wegen seiner gliedlichen Stellung im Staate zusteht[13].

Geht man hiernach mit Jellinek davon aus, dass die Gesamtheit aller „rechtlichen Fähigkeiten, welche die Rechtsordnung verleiht, auf deren Grund erst der Erwerb einzelner Rechte und der Schutz des erworbenen stattfindet“[14], die Rechtsfähigkeit des Individuums, seine Person darstellen, so ist nicht abzusehen, warum nicht schon auf Grund des alten Rechtszustandes die lediglich durch die Vormundschaft kraft staatlichen Mandates bewirkte Ergänzung der mangelnden Handlungsfähigkeit in dieser materiellen schwerwiegenden Aeusserung des reinen staatlichen Interesses als Voraussetzung bestimmter Erwerbsakte von Rechten hierher gehört. Ist doch erst hiernach die eigene Teilnahme am Rechtsverkehr und die Begründung der in Frage stehenden Privatrechtsordnung für alle Beteiligten möglich gemacht. Wie in anderen Fällen kraft Gesetzesanwendung sich der Staat im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit an der Gestaltung der Rechtsproduktion beteiligt und erst durch die im reinen Gemeininteresse der Rechtssicherheit des Verkehrs erfolgte Teilnahme die Entstehung des Erwerbsaktes möglich gemacht wird, so ist diese Bethätigung des Gemeininteresses im Gebiete der Vormundschaft noch durch die weitere Erwägung qualifiziert, dass der Staat in Anerkennung einer besonderen Rechtsschutzpflicht handelt, die er bestimmten Personengruppen gegenüber als gegeben betrachtet. Den Umfang dieser Schutzpflicht hat das neue Recht in einer Weise durchgebildet, wie dies im alten Rechtszustande trotz einzelner in der Praxis bewährter Rechte noch nie der Fall war. Wenn

---

[13] A. a. O. S. 48, 49 und 50.

[14] A. a. O. S. 53.

z. B. das Gemeine Recht im Vormundschaftswesen fast jeder Klarheit in Bezug auf die Frage des Rechtsschutzes gegen vorhandene oder drohende Rechtsverkümmerung entbehrte, so sind heute in dem gesamten Gebiete des Familienrechtes zahlreiche Vorschriften zerstreut, welche bei bestimmten die Rechtssicherheit aller des obervormundschaftlichen Schutzes teilhaftigen Personen besonders gefährdenden Anlässen in zwingender Form die Verfügungsfähigkeit abgrenzen und so kraft weitgehenden Eingriffes die Dispositionsgewalt der anderen Beteiligten vermindern.

Entscheidet man sich hiernach im Sinne der Theorie JELLINEK's für das Vorliegen des materiellen Kriteriums dahin, dass das Vormundschaftsrecht den Grundzug des vorherrschenden Gemeininteresses aufweist, so sind auch Anklänge für das formelle Kriterium, für die Frage: Ist zur Realisierung des Anspruches die Fähigkeit vorhanden: „Rechtsnormen aus individuellem Interesse in Bewegung zu setzen" in der eigenartigen Bildung des neuen Rechtes enthalten? Zwar ist es zweifellos, dass zunächst nur zwischen dem Staate und dem Medium seiner Handlungen, der als Staatsorgan auftretenden Behörde, ein öffentlichrechtliches Pflichtenverhältnis besteht zur Erfüllung der im Rahmen der Kompetenz des Organs vorhandenen Rechtsschutzansprüche. So hat auch das Gericht nach § 1774 „von Amts wegen" die Vormundschaft anzuordnen, und es übt lediglich der zur Hilfsbehörde eingesetzte Gemeindewaisenrat eine öffentlich-rechtliche Funktion aus, wenn er zur Sicherung der Pflichterfüllung aus § 1774 Anzeige hinsichtlich der eingetretenen Bevormundungsfälle nach § 49 d. F.-G.-G. erstattet. Die Anzeige jedes Dritten ist daher ebensowenig die Ausübung eines öffentlichen Rechtes, wie nur als Reflex dieses Rechtes das sogenannte „Recht zur Anzeige strafbarer Handlungen" zu qualifizieren ist, da die Staatsanwaltschaft von Amts wegen gleichfalls einzuschreiten hat. Immerhin ist es bei dieser gänzlich untergeordneten Bedeutung des

individuellen Willens im neuen Vormundschaftsrecht nicht geblieben. Trotz des Offizialprinzips des § 1774 hat das formelle Vormundschaftsrecht in dem denkbar weitesten Umfange der durch „ein rechtliches Interesse“ gerechtfertigten Sachlegitimation[15] das Recht der einfachen Beschwerde, also ohne präkludierende Fristen gewährt. Sie richtet sich gegen jede „Verfügung, durch welche die Anordnung einer Vormundschaft abgelehnt oder eine Vormundschaft aufgehoben wird“. Damit ist Jedem, der zu einer geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person in einem Verhältnisse rechtlicher Bedeutung steht, ohne Frage die formelle Fähigkeit verliehen, in rechtlich geordnetem Instanzenzuge auf die an sich von seinem Antrage unabhängige im Fragefalle fehlende Vertretung hinzuweisen und ihre sofortige Bestellung zu erzielen. Wenn das Gesetz weder ein „berechtigtes Interesse“ noch die Beeinträchtigung oder die Verletzung eines Rechtes voraussetzt, so ist die theoretisch vielleicht angreifbare Erweiterung der Rechtsfähigkeit andererseits eine nicht zu unterschätzende Kontrolle innerhalb des weit ausgedehnten Interessenbereiches[16]. Die Vollendung des formellen Rechtsschutzanspruches kennzeichnet sich in der gesetzlichen Anomalie, dass neben der Interessengruppe auch dem minderjährigen Kinde oder dem unter Vormundschaft zu stellenden Mündel das gleiche Beschwerderecht ausdrücklich gestattet ist.

Nicht mit Unrecht[17] hebt JELLINEK in seinem Werke hervor, dass der von ihm so scharf hervorgehobene Gegensatz zwischen Dürfen und Können in der bisherigen Litteratur noch nicht in dieser klaren Form erkannt wurde. Insbesondere

[15] § 57, 1 cit. Ges.

[16] Die preuss. Vormundsch.-O. ging noch viel weiter. Der Gedanke einer im öffentlichen Interesse jedem zustehenden Popularklage erfuhr bei der Beratung im Landtage keinen Widerspruch. S. Komm.-Bericht d. Herren-H. zu § 10 und Bericht d. K. d. Abgeord.-H. zu § 10 des Entwurfs.

[17] S. die Besprechung von MAYER in diesem Archiv Bd. IX S. 281 ff.

ist dieser Unterschied auch der von WINDSCHEID vertretenen Auffassung, welche das subjektive Recht als „Wollendürfen" definierte, nicht in dieser Weise bekannt. Hat nach dieser Theorie auch der Willensunfähige den nun einmal von der Rechtsordnung gesetzten Willensinhalt, wird hiernach die Rechtsfähigkeit als Folge der durch den fingierten Willen vorhandenen Handlungsfähigkeit auf letzterer basiert, dann würde nach dieser an sich gewiss nicht haltbaren Konsequenz immerhin erst die durch das Vormundschaftsgericht geschaffene gesetzliche Vertretung den Erwerb weiteren Rechtes möglich machen. Der vorwiegend nach praktischen Gesichtspunkten handelnde Gesetzgeber hat auch im neuen Recht sich über das Bedenken des Willens willenloser Personen hinausgesetzt und den Erwerbsakt durch die Ordnung der gesetzlichen Vertretung unter staatlicher Aufsicht vermittelt. Das neue Recht ist jedoch unter dem Gesichtspunkte, dass noch weitere Normen als die der Rechtsfähigkeit öffentlich-rechtlichen Ursprungs sind, in der Schaffung zwingenden Rechtes im Gegensatz zu dem seitherigen Rechtszustande noch weiter gegangen und hat die Normen der der Handlungsfähigkeit entsprechenden Geschäftsfähigkeit[18] sowie diejenigen der gesetzlichen Vertretung, erstere gänzlich, letztere zum überaus vorwiegenden Teile der privaten Dispositionsmacht verschlossen, auch die Zwangspflicht zur Uebernahme der Vormundschaft auf die nationale dem öffentlichen Rechte angehörige Grundlage der Reichsangehörigkeit gestützt. Ueberhaupt tritt in dem ganzen Gebiete des Familienrechtes, auch des Rechtes der Ehe und der elterlichen Gewalt der Umfang an zwingender Rechtsordnung in einer Weise hervor, wie sie dem alten Rechte bisher unbekannt war. Die deutschrechtlichen Grundlagen der neuen Rechtsschöpfungen

---

[18] Die Behauptung des Textes ist trotz Mangels einer besonderen Bestimmung richtig. Tiefer gehendes Nachdenken zeigt die gesetzliche Ergänzung mangelnder Handlungsfähigkeit gleichfalls wie die Rechtsfähigkeit als Folge des Wesens des Rechts.

und die Auffassung, dass die elterliche Gewalt eine mit der Vormundschaft parallel laufende Schutzgewalt sei, die wesentlich im Interesse des Kindes bestehe und wegfallen müsse, sobald das Interesse des Kindes es erfordere[19], haben hierbei unverkennbaren Einfluss ausgeübt. Schon äusserlich tritt dieser Zusammenhang durch die zahlreichen Verweisungen des Familienrechtes im engeren Sinne auf das spätere Vormundschaftsrecht hervor. Man kann nicht leugnen, dass hierbei auch der Zeitgeist das deutsche Recht wesentlich beeinflusst hat, indem die staatliche Zwangsgewalt zur Herbeiführung erwünschter Erfolge auf sozialem Gebiet gerufen wird. Ist dieses Prinzip im deutschen Rechte der Gegenwart vorherrschend, so werden doch seine Erfolge im Auslande keineswegs verkannt, wenn es auch namentlich bei Republiken Anerkennung nicht findet. In dieser Richtung ist für uns Deutsche von besonderem Interesse das soeben ausgesprochene Urteil von Theophile Gautier dem Jüngeren, einem echten Franzosen und Sohn eines der ersten französischen Denker und Dichter der Neuzeit: „. . . und darf man behaupten, dass dieser Herrscher (gemeint ist der deutsche Kaiser), der seine Rechte nur von Gottes Gnaden zu besitzen erklärt, in Frieden und Ruhe ein gutes Stück von dem sozialistischen Programm verwirklicht hat, dessen Lösung unsere aus dem Volkswillen hervorgegangene Republik nicht zu erreichen vermag." Bevor wir unsere Auffassung von dem öffentlich-rechtlichen Charakter des neuen Vormundschaftsrechtes durch den Nachweis des positiven Rechtes in Abschnit II, III, sowie Teil II dieser Abhandlung ergänzen, ist die Berechtigung der Theorie noch durch die

---

[19] So Komm.-Prot. S. 629 Bd. IV Prot. 310. Vgl. auch Böhm in Gruchot's Beiträgen 41. Jahrgang 1897 S. 559, der mit Recht „die moderne Auffassung mit ihrer scharf gesteigerten Staatsthätigkeit" betont. Vgl. endlich Plank in seiner bekannten Reichstagsrede vom 4. Febr. 1896. Das deutsche Recht „fasst dieses Recht des Vaters als eine Schutzgewalt im Interesse des Kindes auf".

Widerlegung der entgegenstehenden neuen reichsrechtlichen Litteratur zu erbringen. Nach alter herkömmlicher Auffassung ist trotz bestimmter Rechtsneuerungen die Behandlung fast nur im privatrechtlichen Sinne erfolgt, wenn überhaupt auf die Betonung der Rechtsqualität irgend welcher Wert gelegt wurde. Insoweit die Erläuterungen praktische Zwecke verfolgen, ist die Frage der Zuteilung der Rechtsmaterie in der vorwiegenden Anzahl vormundschaftsrechtlicher Einzelarbeiten einer besonderen Beachtung und Behandlung nicht für würdig erachtet worden[20]. Im Rahmen dieser Arbeit wollen wir uns lediglich mit derjenigen Vertretung der entgegenstehenden Auffassung beschäftigen, welche am schärfsten den privatrechtlichen Charakter des neuen Rechtes unter prinzipieller Missbilligung seiner Stellungnahme betont hat. Kein Geringerer, als BORNHAK, ist es, welcher sich in denkbar schärfster Kritik in einem am 8. Nov. 1890 in der Juristischen Gesellschaft zu Berlin gehaltenen Vortrage über den Entwurf und das öffentliche Recht aussprach. Schon damals lag in allen bestimmten Grundzügen in dem Entwurfe das neue Vormundschaftsrecht vor, das demnächst durch die weitere Bearbeitung eine wesentliche Veränderung nicht erfuhr. War doch die neue Ordnung keineswegs das Produkt einer neue Rechtsbildungen schaffenden Thätigkeit, war doch sein Aufbau „auf dem Trümmerfeld alter Anschauungen“ glücklicherweise nicht nötig, da die Verfasser des Gesetzes sich dem beherrschenden Einflusse der preussischen Vormundschaftsordnung, eines auch in der Praxis gut bewährten Rechtes, nicht verschliessen konnten. Auch im Plenum des Reichstages erhob sich demnächst keine den Grundcharakter missbilligende Stimme[21]. BORNHAK

---

[20] Hierher gehören jedoch insbesondere ENDEMANN, WEYL und SCHULTZETUS nicht. Abgesehen von letzterem enthalten die Werke von ENDEMANN und WEYL auch die Darstellung des gesamten neuen Rechts.

[21] In den entscheidenden Sitzungen (115, 117, 118) fanden Debatten nicht statt, während in der Sitzung 113 nur die im mittelbaren Zusammenhang

hat nunmehr von dem Standpunkte des öffentlichen Rechtes den Entwurf, der schon in dieser Gestalt die Summe des besten juristischen Wissens und Könnens vereinigte, einer weitgehenden kritischen Behandlung unterzogen und gelangt zu dem Resultate: „Es ist, als ob das öffentliche Recht, und alles, was mit demselben nur im entferntesten Zusammenhang steht, ein Wespennest wäre, an das die Reichsgesetzgebung nicht rühren darf." So sind nach seiner Ansicht auch die gemischten Rechtsgebiete dem Landesrecht überlassen, „die Einkapselung in das reine Privatrecht ist mit äusserster Folgerichtigkeit zu Stande gebracht". BORNHAK geht so weit, dass er den privatrechtlichen, nunmehr im wesentlichen zum Gesetz erhobenen Eigentumsbegriff[22] in die „Kontraste mit dem lebendigen Rechtsleben" versetzt. Wenn er selbst zur Veranschaulichung dieses nach seiner Ansicht durch den Entwurf herbeigeführten bedauerlichen Ergebnisses den Fall eines in den Regionen der Luftschiffer möglichen Hausfriedensbruches[23] anführt, so befindet er sich allerdings auf so hoher Warte, dass er die Gebilde des Rechtsbodens, insbesondere das öffentliche Recht der Vormundschaft und die durch letztere ins Leben gerufenen Keime des Landes- und weiteren Reichsrechtes nicht mehr sehen kann. Der ganze Vortrag, welcher als Abhandlung in Hirth's Annalen, 1891, S. 212—224 ausgearbeitet ist, berührt auch in dieser Vervollständigung das Vormundschaftsrecht mit keiner Silbe, auch es ist hiernach „unter absoluter Ignorierung

stehende öffentlich-rechtliche Frage der Beamtenhaftung im Vordergrund des Interesses stand. S. St.-V. S. 2945—3108 IV Bd. 1896.

[22] Entw. I, S. 849 B. G.-B. 905.

[23] „Wer künftig ein Quadratmeter Land kauft, erwirbt damit eine Säule, die vom Mittelpunkt der Erde aus geht und sich bis in das Himmelsgewölbe hinein erstreckt. Die Luftschiffer werden künftig gut thun, sich mit ihren Ballons stets über den Landstrassen und freien Feldern zu halten, wenn sie Anklagen wegen eines in den Wolken begangenen Hausfriedensbruchs vermeiden wollen."

des öffentlichen Rechtes in die Netze des Privatrechtes vollständig eingesponnen"[24].

Ohne weiteres ist diese Auffassung nicht ganz verständlich. Sie wird erst klar, wenn man den konsequenten Standpunkt BORNHAK's hinsichtlich der öffentlichen Rechte Einzelner zum Staate verfolgt. Seinen schon früher[25] geäusserten Ansichten ist BORNHAK auch neuerdings in der klaren Abhandlung des Verwaltungsstreitverfahrens nach preussischem Recht[26] treu geblieben. Hiernach ist das Privat- und öffentliche Recht weder in Beziehung auf den Entstehungsgrund noch nach dem Zweck unterscheidbar. In beiden Gebieten erlangen die Normen Verwirklichung nur durch die Zwangsgewalt des Staates, der Zweck, d. h. der allgemeine oder individuelle Vorteil ist ein relativer Begriff und giebt keine sichere Scheidelinie. Dagegen grenzt das Privatrecht die Willenssphären der einzelnen Privatpersonen zu einander ab. Es entstehen wechselseitige Rechte und Pflichten. „Der Staat aber, als die souverän alle Lebensverhältnisse beherrschende Macht, kann sich seinen Unterthanen gegenüber gar nicht in wechselseitige Verbindlichkeiten einlassen, welche das Wesen des Privatrechtes ausmachen". Hiernach existieren keine Rechte der Unterthanen gegen den Staat. „Nimmt man die Möglichkeit eines subjektiven Rechtes des Unterthanen gegen den Staat an, so würde trotzdem der Staat jeden Augenblick in der Lage sein, dieses Recht durch seine Gesetzgebung zu kassieren"[27]. Selbst das Familienrecht gehört zum Privatrecht, da auch hier wechselseitige Rechte und Pflichten entstehen und im übrigen die Verzichtbarkeit der Geltendmachung dieser Rechte der ge-

---

[24] Nach S. 217 befanden sich alle Verfasser des ganzen Entwurfs in diesem Einspinnungsprozesse.

[25] S. preuss. Staatsrecht Bd. I S. 269, ferner unter „Rechtsweg" Wörterbuch d. d. V.-R. Bd. II S. 333, 334, 336.

[26] Annalen 1899 S. 338 ff.

[27] P.-St.-R. Bd. I S. 269.

meinsame Charakter alles Privatrechtes"[28] auch hier vorliegt.

Trotz der Hochachtung, welche der Verfasser mit vielen anderen für die staatsrechtliche Begabung eines Schriftstellers von BORNHAK's Bedeutung teilt, muss doch bemerkt werden, dass die Widerlegung nicht schwer ist. Die aus der Vorliebe BORNHAK's[29] für die absolute Staatsidee erklärliche Auffassung und die Leugnung aller Unterthanenrechte führt zur Beseitigung jeder Rechtsordnung. Die Möglichkeit der gesetzmässigen Aufhebung eines Rechtes berührt dessen Rechtsbestand in der Gegenwart vor der Aufhebung in keiner Weise. Im übrigen übersieht BORNHAK den Teil des Familienrechtes, in dem der Zwang zur Geltendmachung der Rechte besteht: die Vormundschaftsordnung seines eigenen Staates und seiner Nachbildung im neuen Rechte. Auch die geschichtliche Entwickelung seines partikularen Vormundschaftsrechtes müsste ihn nach dem Merkmale der Zwangsgewalt zur Annahme öffentlichen Rechtes führen. Hatte an sich schon das deutsche Recht des Mittelalters die Ausbildung des Amtscharakters der Vormundschaft zur Folge, so ging das allgemeine Landrecht in der Ausdehnung der staatlichen Fürsorgepflicht noch weiter. Man betrachtete „den Vormund nicht als den Privatadministrator eines fremden Vermögens, sondern als einen Bevollmächtigten und Beamten des Staates, welcher der Obrigkeit in Ansehung seiner ganzen Verwaltung subordiniert und ihr davon die genaueste Rechenschaft zu geben schuldig war[30]. Die Konsequenz zeigte sich äusserlich in der

---

[28] Annalen 1899 S. 342. In Bd. III S. 163 preuss. Staatsrecht hat BORNHAK das Vormundschaftsrecht als Teil des Familienrechtes dem Privatrecht zugewiesen.

[29] In seiner „Allgemeinen Staatslehre", Berlin, Heymann, 1896, ist die Durchführung der absoluten Monarchie in Europa eine Konsequenz der Schutzpflicht der ärmeren Klassen, S. 26 ff.

[30] So DERNBURG a. a. O. S. 12 § 5, Grundsätze von SUAREZ in den Schlussvorträgen (VON KAMPTZ, Jahrbücher Bd. 41 S. 184).

Stellung des Vormundschaftsrechtes bei dem öffentlichen Recht in T. II Titel 18 des L.-R. Diese Grundlage des Prinzips staatlicher Anordnung und Aufsicht wurde von der preussischen Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 nur fortgesetzt, jedoch unter Betonung der selbständigen Stellung des Vormundes, auch unter scharfer Trennung der väterlichen und vormundschaftlichen Gewalt. Das Reichsrecht knüpfte hieran aufs engste an, vermehrte jedoch die Aufsicht und schuf die elterliche Gewalt. Dass BORNHAK noch in dem Aufsatze der Annalen, 1899, S. 341 in dem Familienrecht den Zwang zur Geltendmachung der Rechte vermisst, ist befremdend, wenn man bedenkt, dass die Ausführung des Reichsrechtes nach der vollziehenden Gewalt des Vormundschaftsgerichtes in dem R.-G. f. F. G. vom 17. Mai 1898 staatliche Zwangsgewalt in einer geradezu überwältigenden Fülle enthält und dem Obervormund wie dem Vormunde zur pflichtschuldigen Ausübung aller dem Mündel gehörigen Rechte eine weitgehende vollziehende Gewalt verliehen ist. Wenn sich die Natur dieser Gewaltverhältnisse hinter dem harmlosen Namen einer „freiwilligen Gerichtsbarkeit" verbirgt, so gehört dies nur zu den vielen Anomalien äusserlicher Art, die der Gesetzgeber trotz rechtzeitiger Beanstandung zu beseitigen leider unterliess[31]. Es ist in bestimmten Einzelfragen der Entwickelungsgang in der Begründung und Ausdehnung staatlichen Schutzes genau verfolgbar, so dass gerade das Ausführungsrecht innerhalb der reichs- und landesrechtlichen Kompetenz eine Steigerung der zunächst nach Landesrecht bestimmbaren öffentlich-rechtlichen Gewalt bewirkte, welche in den Dienst des Schutzes und der Ueberwachung bei der Vollziehung reichsrechtlicher Grundgedanken gestellt wurde. Als Beispiel, wie selbst das Erbrecht mit der Vormundschaft durch gemeinsame staatliche Schutzpflichten verbunden ist, darf hier kurz die Entwickelung des § 2259 berührt werden. Die

[31] Vgl. hierüber die treffenden Bemerkungen, die JASTROW schon im A. f. b. R. Bd. XI S. 332 machte.

Pflicht zur Ablieferung eines nicht in amtlicher Verwahrung befindlichen Testamentes ist nach den Motiven zu Absatz 1 privatrechtlich für den Besitzer begründet, während diejenige der Behörden nach Absatz 2 „lediglich publizistischen Charakter" hat. War nach den Grundzügen des auf die unbedingte Sicherheit des Erbschaftserwerbes im Gemeininteresse bedachten Reichsrechtes das öffentliche Interesse auch nach Absatz 1 unverkennbar, so wollte das B. G.-B. doch durch besondere Bestimmung mit seinem Titel nicht in Widerspruch geraten, man gab daher in den Motiven dem Landesrecht die Direktive, auch im Falle des Absatz 1 des § 2259 von Amts wegen vorzugehen. Inzwischen war der Gedanke eines reichsrechtlichen Ausführungsrechtes spruchreif geworden. Als jedoch der Entwurf des G. f. G. eine Ausführung nicht vorsah, fügte die R. T. K. eine solche durch § 83 des G. f. G. (als § 79 a) ein. Damit ist die Ablieferungspflicht zu einer solchen des öffentlichen Rechts nun doch reichsrechtlich kraft besonderer Bestimmung erhoben. Das Gericht andererseits muss[32], wenn Grund zur Annahme der nicht erfüllten Ablieferungspflicht besteht, zwecks Erzwingung des Offenbarungseides zur Verhaftung schreiten, im Fall auf anderem Wege die Existenz der Ablieferungspflicht nicht feststellbar ist. Da ferner landesrechtliche Ergänzungen zu § 83 zulässig erscheinen, hat das Landesrecht, so z. B. Art. 17 Preuss. A.-G., die Verwendung unmittelbarer Gewalt zur Erzwingung der Herausgabepflicht vermittelst des öffentlichen Sicherheitsdienstes für zulässig erklärt. In ähnlicher Weise lässt sich die Entwickelung an der Hand einzelner Bestimmungen im Gebiete des Vormundschafts-

---

[32] Das Gesetz sagt „kann", DORNER, RAUSNITZ und SCHNEIDER nehmen daher Ermessen an. Da die Offizialmaxime für alle Entscheidungen gilt, das Prinzip eines unbedingten Zwangsrechts vorherrscht, so hat der Ausdruck „kann" wohl nur die Bedeutung der Aufzählung der Macht des Gerichts. Letzteres würde pflichtwidrig handeln, wenn der vorhandene Zweifel nicht auf dem Wege der Gewalt endgültig beseitigt würde. Die Haft kann das Maximum von sechs Monaten erreichen.

rechtes verfolgen, in welchem im Gegensatz zu seitherigem Rechte sehr oft zur Vollziehung der behördlichen Verfügung die Gewalt an Stelle des Rechtsweges gesetzt ist. Indem wir in dieser Frage auf Abschnitt III dieser Abhandlung verweisen, erscheint es vor Feststellung des Schlussergebnisses noch angezeigt, auf drei Erwägungen von besonderer Bedeutung für die Rechtsqualität des Vormundschaftsrechtes hinzuweisen:

I. Wenn die privatrechtliche Theorie, von Bornhak abgesehen, den Nachdruck auf das unmittelbare Interesse des Einzelnen, das allein gewahrt werde, legt, so kann sie niemals die Thatsache eines seit Urzeiten bestehenden Sonderrechtes erklären, welches von jeher die Grundzüge des privatrechtlichen negotiorum gestio verneinte. Sollte es aber selbst gelingen, gemeinsame Momente beider Rechtsinstitute plausibel zu machen, so kann doch deshalb allein von dem Nachweise eines privatrechtlichen Charakters keine Rede sein. Ist doch nach nunmehr unbestrittener Erkenntnis eine ganze Reihe von Materien beider Rechtsgebiete, dem privaten und öffentlichen Rechte gemeinsam. Ebenso wie der Staat in Gebieten, die unzweifelhaft seinem Hoheitsrechte unterworfen sind und dem ersten Teile des Staatsrechtes angehören, mit Einzelnen in der Rolle eines gleichberechtigten Kontrahenten Rechtsverhältnisse begründen kann, ebenso können Normen, die im Privatrechte ihre Ausbildung erfuhren, im Gebiete des öffentlichen Rechtes im Falle ihrer Anpassungsfähigkeit angewandt werden. In beiden Fällen wird weder das Hoheitsrecht des Staates noch die Qualität des öffentlichen Rechtes beseitigt.

II. Nicht nur die geschichtliche Entwickelung hat den Charakter der vormundschaftlichen Amtsgewalt gefestigt. Diese hat vor allem durch das positive neue Recht eine Abgrenzung nach Inhalt und Wirkung erfahren, welche die Gemeinsamkeit der Rechtsbeziehungen mit dem Staatsamt im engsten Sinne, auch mit dem richterlichen Amt des Obervormundes klar ersehen lässt.

Hinsichtlich des Nachweises dieses staatsamtlichen Inhaltes wird auf II, hinsichtlich seiner Abgrenzung nach der aktiven und passiven Seite in Bezug auf Staatsangehörigkeit, die Voraussetzungen des staatlichen Bestellungsaktes und den sonstigen Schranken seiner Wirksamkeit auf Abschnitt III dieser Abhandlung sowie Teil II verwiesen.

III. Kannte schon das alte Recht die Pflicht zur energischen und einseitigen Interessenvertretung an, so ist auch nach neuem Recht die Vormundschaftsbehörde nach Art des Inhalts der Verwaltung Vertreterin einseitiger Interessen, der Gedanke eines Spruchrichters wird in der vorwiegenden Anzahl aller Fälle abgelehnt. Abgesehen von dieser formellen Stellung zeigt das materielle Recht in weitgehendster Weise die Identität der Mündel- und Staatsinteressen. Wer es versucht, die Frage nach dem „Vorwiegen" verschiedener Interessen zu stellen, wird in den meisten Fällen an der Gestaltung des neuen Rechtes scheitern. Es ist schon bemerkt worden, dass das Vormundschaftsrecht des B. G.-B. in einer Zeit zu Stande kam, die unmittelbar vorher den Abschluss der sozialpolitischen Gesetzgebung erlebt, eines Werkes, das wie kein zweites von dem den Zeitgeist beherrschenden staatlichen Schutzgedanken beeinflusst ist. Das neue Recht musste gerade infolge seines ursprünglichen Standpunktes der privatrechtlichen Kodifikation mit der Anerkennung der sozialen Aufgabe des Privatrechtes auch zu einem von der staatlichen Schutzidee beherrschten Vormundschaftsrecht gelangen. In der That zeigt die Arbeiterversicherung mit dem Vormundschaftsrecht weitergehende Analogien, so ungewöhnlich ihre Gleichstellung auch sein mag.

a) Die von jedem privatrechtlichen Versicherungsverhältnis entfernte wirtschaftliche „Sicherstellung" des Arbeiters entspricht der durch die Vormundschaft erfolgten Sicherung im Rechtsgenusse.

b) Die Ansprüche in beiden Fürsorgeverhältnissen sind höchst persönlicher Natur, der Dispositionsmacht des Einzelnen, so weit er der Fürsorgepflicht unterstellt ist, entzogen und von der Rechtsform des Zwanges, dem Grundzuge des öffentlichen Rechtes, beherrscht.

c) Die Träger der Fürsorgepflicht, die Klassen der zur Fürsorge berechtigten Personen, der Umfang, die Dauer und die Voraussetzungen der Fürsorgepflicht sind mit Ausschluss der Privatdisposition genau bestimmt. Es gilt das Offizialprinzip, ein Verzicht auf die Geltendmachung von Fürsorgeansprüchen entbindet den Staat von seiner Schutzpflicht nicht.

d) Im Prinzip ist die staatliche Hilfe in beiden Gebieten nicht als völlig abhängig von einem Entgelt des Einzelnen durchgeführt, auch kommen in beiden Fällen Befreiungen von dem staatlichen Gebührenrecht vor.

e) Auch die unmittelbare wirtschaftliche Unterstützung der Arbeiterfürsorge berührt insoweit das Gebiet der Vormundschaft, als sie nicht nur bei vorhandener wirtschaftlicher Unselbständigkeit die Frage des Erwerbes und Berufes rechtlich sicherstellt, sondern kraft besonderer, jetzt noch nach Art. 136 E.-G. zugelassenen landesrechtlichen Organisation der Kommunalbehörde, welcher die wirtschaftliche Unterstützung zunächst obliegt, auch die vormundschaftlichen Funktionen übertragen werden. Im übrigen ist zweifellos im Falle der Altersvormundschaft oder der Kuratel kraft Geisteskrankheit der dem Mündel in der Gesamtheit seiner persönlichen und vermögensrechtlichen Beziehungen verliehene Schutz umfassender, als derjenige auf dem Gebiete der Arbeiterfürsorge. In beiden Rechtsgebieten ist im Falle der Versagung des Trägers der Fürsorgepflicht der Eintrittszwang staatlicher Aufsichtsorgane das Mittel zur Gewährung des Schutzes, das neue Recht schreckt in dieser Hinsicht selbst dem Inhaber der elterlichen Gewalt gegenüber vor keiner Konsequenz

im Bereiche seiner nur für den Mündel bestimmten Schutzgewalt zurück[33].

f) Trotzdem ohne Frage auch im Gebiete der Arbeiterfürsorge die Identität der Arbeiter- und staatlichen Interessen zum Prinzip erhoben ist, hat auch hier, genau wie nunmehr im Vormundschaftsrecht, die litterarische, wissenschaftliche Behandlung unmittelbar nach dem Erlasse des Arbeiterrechtes letzteres lediglich als Teil des Privatrechtes[34] behandelt. Erst seitdem Gierke in seinem Vortrage „die soziale Aufgabe des Privatrechtes", Rosin und Laband durch hervorragende Sonderdarstellungen, sowie Rehm durch seinen überzeugenden Vortrag über den Rechtsbegriff der Arbeiterversicherung die Betonung auf den beherrschenden Zweckgedanken gelegt, auch die Anpassungsfähigkeit privatrechtlicher Konstruktionen deren Urhebern selbst bedenklich erschien, ist man wieder geneigt, den Motiven des sozialen Arbeiterrechtes zu glauben, wonach öffentliches Recht vorliegt. Genau so scheint es jetzt den Motiven des Vormundschaftsrechtes zu gehen, welche in Uebereinstimmung mit dem zum Ausdruck gelangten Willen der gesetzgebenden Gewalt an unzähligen Stellen das Vorhandensein öffentlichen Rechtes betonen. Hier warnt der individualistische Grundzug des deutschen Charakters sofort vor den Folgen eines „Motivenkultus" und das

---

[33] Suarez's altes Wort: Der Vater habe doch immer noch die Vermutung für sich, dass er seine Kinder nicht um das Ihrige bringe, scheint nach dem Zeitgeist über das Mass staatlicher Hilfe nicht voll anerkannt zu werden. Vgl. Adamciewicz, A. f. b. R. Bd. V S. 291, 310 ff. Auch Endemann S. 824 Anm. 1 findet die zahlreichen Verweisungen auf das spätere Vormundschaftsrecht für „mindestens unschön".

[34] Die Konstruktionsversuche bewegten sich hier, wie die ausgezeichnete Darstellung Rehm's: Der Rechtsbegriff der Arbeiterversicherung, Vortrag in der jurist. Gesellschaft zu München vom 23. Mai 1890, A. f. ö. R. Bd. V S. 529—561, ergiebt, auf dem Gebiet des privatrechtlichen Versicherungsvertrags, auf der Haftung des Arbeitsherrn für Rückgabe der unversehrten Arbeitskraft und einer ungemessenen Ausdehnung des sog. gesetzlichen Versicherungsbegriffs.

Misstrauen regt die Funktionen des Erfindungsgeistes an, welcher irregeleitet durch die äusserlichen Momente der unrichtigen Titulaturen eine Erläuterung der neuen Formen auf dem Wege besonderer, persönlicher Konstruktion gefunden zu haben glaubt. Selbst das Lehrbuch von ENDEMANN, das verhältnismässig noch am meisten in dem ganzen bürgerlichen Rechte bei Besprechung einzelner Materien die besonderen Vorschriften öffentlich-rechtlichen Charakters hervorhebt, sich auch sonst durch besondere Klarheit und Gründlichkeit auszeichnet, versagt in verschiedener Hinsicht im Gebiete des Vormundschaftsrechtes. So hat in der Darstellung der Grundzüge (§ 211) der Vormundschaft die durch das neue Recht erst vielfach neu geschaffene und zum absoluten Prinzip erhobene, weitgehende Beschränkung der privatrechtlichen Dispositionsmacht keine Erwähnung gefunden, die sich bei Einleitung der Vormundschaft oder nach derselben bei anhängiger Vermögensverwaltung nur als Folge des öffentlichen Rechtes infolge des klaren Wortlautes der Motive ergiebt. Trotzdem er selbst an anderer Stelle[85] das Vermögensrecht als Bestandteil beider Rechtsgebiete nicht leugnen kann, behauptet er, was schon bisher nicht nur in der Theorie, sondern auch in der Rechtsprechung durchaus bestritten war: „Unbestrittenes Gebiet des bürgerlichen Rechtes ist die Ordnung der vermögensrechtlichen Wirkungen aus den familienrechtlichen Verbindungen[86]." Hierzu rechnet er die Verwaltungsführung des Vormundes ohne Angabe von Gründen und im nicht zu vereinbarenden Widerspuch mit dem einwandsfreien Wortlaut der Motive. Schliesslich widerspricht er sich selbst, wenn er S. 592 bei Anm. 3 gelegentlich der Platzfrage des Vormundschaftsrechtes bemerkt: „Sie (die Vormundschaft) dient im wesentlichen als Ersatz für die mangelnde elterliche Fürsorgegewalt, sie beruht weder auf der Familiengemeinschaft noch begründet sie

[85] Bd. I § 6: „Bürgerl. Recht" S. 29ff.
[86] S, 582 § 147: Natur der Familienrechte.

ein familienrechtliches Verhältnis zwischen Vormund und Mündel" und doch bei näherer Betrachtung auf S. 936 ein familienrechtliches Schutz- und Verpflichtungsverhältnis annimmt. Wenn er bei der Platzfrage mit vollem Recht auf den geschichtlichen Zusammenhang mit dem Mundium hinwies und hierbei ein familienrechtliches Verhältnis verneinte, kann solches bei näherer Betrachtung auch nicht mehr durch den Hinweis auf das Mundium lebendig werden, zumal es offensichtlich ist, dass die moderne soziale Auffassung allein nach § 1800 und durch die Steigerung auf die Haftung „des Hausvaters" nach § 1833 sich die familienrechtliche Schutzgewalt des Vormundes unbekümmert um die in grauer Vorzeit zurückliegende Behandlung in der Geschichte aufbaute.

Wir müssen daher zu dem Wege der Motive und zu den diesen beherrschenden Gedanken der staatlichen Schutzgewalt im Sinne des Zeitgeistes zurückkehren, zumal bei dem Ergebnisse eingehender Einzeluntersuchungen privatrechtliche Analogien nicht Stand halten. Wir gelangen damit zu folgendem Ergebnisse:

In bestimmten Rechtsgebieten des modernen Rechtes ist die Indentität der privaten und staatlichen Interessen zum Prinzip erhoben. Dies gilt selbst für einzelne sozial gestaltete Bestimmungen, die sich im Gebiete von sonst unbestrittenen privatrechtlichem Charakter befinden, z. B. der Dienstvertrag, da auch die Regierung in der Unmöglichkeit, sich dem Zeitgeiste zu entziehen, die soziale Aufgabe des Privatrechtes anerkannte. Bei dieser schwerwiegenden Verschiedenheit aller Zeit- und Rechtsanschauungen ist es unmöglich, mit der römischen Auslegungsregel der Interessen des Einzelnen und derjenigen des Staates zu operieren[37].

---

[37] Auch ENDEMANN übersieht die Rechtsumwälzung, wenn er S. 29 § 6 „Bürgerl. Recht" meint: „Im Erfolge sind wir über diese römische Rechts-

Wie die sozialpolitische Gesetzgebung den Einzelnen nicht als Privatperson, sondern als Glied der Gesamtheit erfasst, so ist auch das neue Vormundschaftsrecht eine nationale Wohlfahrtseinrichtung, welche die Rechtsgefahren der nicht vorhandenen oder unvollkommenen Handlungsfähigkeit kraft staatlicher Machtäusserung beseitigt, auch in wirtschaftlicher Hinsicht bei Versagung des Trägers der Fürsorgepflicht zur Aufrechterhaltung des Rechtsgenusses und zur Vermittelung wirtschaftlicher Unterstützung einschreitet. In letzterer Hinsicht sind die Vorteile von besonderer Bedeutung, die sich aus der auch jetzt noch zugelassenen Personalunion zwischen Vormundschafts- und Kommunalbehörde ergeben[38]. Hier können besondere Verwaltungseinrichtungen den Schutz der Arbeiterfürsorge in jeder Hinsicht übertreffen, da die Vormundschaft als staatliche Institution, einem der Ideale sozialer Auffassung entsprechend, den denkbar intensivsten Ersatz für das durch den Tod verlorene oder durch verweigerte Pflichterfüllung geschädigte Familienband zu bieten vermag. Der das Verhältnis der Vormundschaft beherrschende Staatszweck kam auch schon in manchen Rechtsgebieten des alten Rechts durch die Mitwirkungspflicht der Staatsanwaltschaft zum Ausdruck, wie er andererseits in den internationalen Beziehungen[39] des Reichs trotz seitheriger landesrechtlicher Autonomie durch die vertragsmässig hervorgerufene Bestellung der Konsuln als Vormünder deutscher Staatsangehöriger im Ausland anerkannt war. Wenn trotzdem die frühere Theorie im privaten und öffentlichen Recht das Vormundschaftsrecht nach vorherrschender Ansicht dem Privatrecht zuwies, so kann ihre Beweisführung für die heutige Rechtslage nicht fortgesetzt werden.

---

regel auch heute nicht viel hinausgekommen." „Erfolge" lassen sich fast nicht mehr erzielen.

[38] Siehe Wolf in diesem Archiv Bd. XI S. 46—83.

[39] S. die Freundschaftsverträge des Reichs mit Costa Rica und Brasilien Art. 30 und 21 in R.-G.-B. 1877 und 1882 S. 13 und 69.

Abgesehen von der Frage der Trennung der Einzel- und Gemeininteressen ist die Ansicht, welche die Vormundschaft von der Rechtsqualität des Familienrechtes mit Rücksicht auf ihre Ersatzfunktion abhängig macht, und sie deshalb infolge des privatrechtlichen Charakters des Familienrechtes dem Privatrecht zuteilt[40], nicht haltbar angesichts des neuen Rechtes. Spricht doch dieses in Uebereinstimmung mit allen Vorarbeiten ein Abhängigkeitsverhältnis dahin aus, „dass die elterliche Gewalt in ihrer wesentlichen Grundlage noch als eine vormundschaftliche im modernen Sinne der Vormundschaft, d. h. als ein dem Interesse des Kindes dienendes Schutzinstitut“[41] aufzufassen ist. Kann aber nach dem neuen Rechte, seiner Tendenz und dem Wortlaut der Motive der öffentlich-rechtliche Charakter der Vormundschaft als Vorbild der elterlichen Gewalt nicht geleugnet werden, so muss umgekehrt auch das Elternrecht, so weit es dem unmittelbaren Einflusse der Vormundschaft unterliegt, gleichfalls als Bestandteil des öffentlichen Rechtes anerkannt werden. Insoweit jedoch auch im neuen Rechte die Betonung auf die Ersatzfunktion des vormundschaftlichen Amtes im Interesse eines intensiven familienrechtlichen Schutzes gelegt wird, gehört dieses vormundschaftliche Verhältnis von familienrechtlichem Charakter im Sinne der Theorie BORNHAK's gerade im neuen Rechte nur dem öffentlichen Rechte an, da in diesem Teile des Familienrechtes die staatliche Zwangsgewalt zur Ausübung der Rechte den beherrschenden Grundzug darstellt. Im übrigen bedarf die Feststellung der Rechtsqualität eines einzelnen Anspruchs in dem weiten Gebiete des reinen Eherechtes, des ehelichen Güterrechtes und des nicht dem Vormundschaftsrecht unmittelbar unterliegenden Elternrechtes besonderer Untersuchung.

---

[40] Diese Ansicht vertritt auch in seinem Staatsrecht Bd. IV S. 163 BORNHAK für das alte Vormundschaftsrecht.

[41] Motive IV S. 724.

Zwar wird man LABAND[42] auch für das neue reine Eherecht zustimmen können, dass hier öffentlich-rechtliche Bestimmungen vorliegen und die gleiche Eigenschaft den zu Beginn dieses Abschnittes in den Vordergrund gestellten Ansprüchen des Familienrechtes zubilligen dürfen. Doch ist andererseits unverkennbar, dass das eheliche Güterrecht in erster Linie der Selbstbestimmung der Kontrahenten unterliegt und auch in den übrigen Teilen des Familienrechtes das Vorhandensein zwingender, d. i. nicht der Parteidisposition unterliegender Vorschriften nicht auf die Identität staatlicher und privater Interessen, sondern auf formale Rücksichten zurückgeführt werden muss.

Hiernach ist in Verbindung mit den Ergebnissen einer selbstständigen Heranziehung der Aeusserungen aller als wissenschaftlicher Hülfsmittel verwertbarer Vorarbeiten des neuen Reichs- und Landrechts die Berechtigung einer Theorie erwiesen, welche von dem Satze ausgeht:

„Das Vormundschaftsrecht enthält im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches und seinen reichs- sowie landesrechtlichen Ergänzungen öffentliches Recht.

Die Absicht des Gesetzgebers, nur im Gebiete des Privatrechts eine Kodifikation herbeizuführen, ist bereits mit der bestimmten Gestaltung des reichsrechtlichen Vormundschaftsrechts aufgegeben, so dass das reichs- und landesrechtliche Ergänzungsrecht durch die Normierung reiner öffentlichrechtlichen Gewalt die Konsequenzen des geänderten Standpunktes gezogen hat."

Da bei jeder Theorie die erste Frage nicht sowohl von dem Theoretiker als insbesondere von dem Praktiker dahin gestellt zu werden pflegt: Welchen Wert hat sie für das Recht und besonders für die Praxis? so seien in dieser Hinsicht wenige Worte gestattet. Das Interesse für eine Theorie und die Beurteilung

[42] Staatsrecht 2. Aufl. Bd. II S. 338 Anm. 1.

eines bestimmten Teiles der neuen Kodifikation nur unter dem Gesichtspunkte dieser Theorie darf nie so weit gehen, dass Konstruktionen, welche mit dem lebendigen Rechtsbewusstsein der Gegenwart keine unmittelbare Fühlung haben, lediglich als Konsequenzen der Theorie gehalten werden. Man darf auch nie die Hochachtung der Parlamentarier vor den Konsequenzen der Theorie und ihrer eigenen Anträge zu hoch veranschlagen, das einzelne Ornament der schönsten Theorie kann sich gerade im neuen Recht als Produkt einer sehr alltäglichen Zufälligkeit im parlamentarischen Leben entpuppen. Ist aus der Verletzung dieser Gesichtspunkte die Abneigung des Praktikers gegen die Theorie gewiss verständlich, so kommt hier seine besondere Missachtung vor den Blüten der Theorie im öffentlichen Recht einer vorurteilsfreien Auffassung leider nicht entgegen. Immerhin muss auch dieser Standpunkt in der Praxis die Hand zur Vereinigung in dem einen folgenden Punkte bieten.

Die Arbeit der Gesetzgebung ist durch das gegebene Mass menschlicher Voraussicht und die unübersehbare Fülle des gegenwärtigen und zukünftigen Lebens in glücklicher Fügung der Weltordnung von der Pflicht befreit, das Leben in die starren Formen eines absoluten, alles subsumierenden Rechtsgebildes einzuzwängen. Fehlen hiernach in tausend Fällen die bestimmten oft sehr erwünschten Normen des zur Anwendung kommenden Rechtsgebietes, so wird der wohlthätige Einfluss einer Versöhnung der streitenden Brüder allseits anerkannt. Allerdings wird dann nur von der Theorie die Lösung der von dem Gesetzgeber nicht gelösten Frage verlangt. Hoffen wir, dass ihr Versuch anerkannt wird, durch Einnahme einer bestimmten Stellung eine klare sich nicht in die Ferne verlierende Rechtszeichnung zu bieten und damit Anhaltspunkte für eine Grenzregulierung beider Rechte zu schaffen. Hoffen wir insbesondere, dass wir in diesem Sinne Beiträge zur Feststellung der Grenzlinien der freiwilligen Gerichtsbarkeit, des Privatrechtes und Civilprozesses, der Prozess-

und Administrativsache, des Rechtsweges bei der vollziehenden Gewalt des Vormundschaftsgerichtes und den Folgen der durch das Vormundschaftsrecht bewirkten Beschränkung der privatrechtlichen Dispositionsmacht liefern durften.

Wir beginnen in den folgenden Studien mit den Rechtswirkungen des Inkrafttretens des neuen Rechtes und den durch die Einleitung der Vormundschaft geschaffenen Verhältnissen.

(Ein zweiter Beitrag folgt im nächsten Heft.)

Noch Einiges über das selbständige Verordnungsrecht.

Von

Geh. Oberbergrath Prof. Dr. ARNDT, Königsberg i. Pr.

Die Frage, ob die Krone in Preussen auf dem gesetzfreien Gebiete die Befugniss zur Rechtssetzung habe, ist so ausserordentlich wichtig und die Ausübung einer solchen Befugniss so sehr in die Augen springend, dass es ein wahres Wunder sein würde, wenn der Preussische Landtag, namentlich das so oppositionelle Abgeordnetenhaus in der Konfliktszeit, sich mit dieser Frage nicht befasst hätte. Nach den Staatsrechtslehrern (SCHULZE, ANSCHÜTZ u. A.) sollte man glauben, dies sei ex professo nur im Jahre 1869 geschehen, da habe Graf ZU EULENBURG Namens der preussischen Staatsregierung das Nichtvorhandensein eines selbständigen Verordnungsrechts am 30. Jan. 1869 vor dem Herrenhause mit klaren Worten unzweideutig anerkannt. Dies ist aber nicht der Fall gewesen.

Zunächst muss auffallen, dass sowohl SCHULZE wie ANSCHÜTZ (Die gegenwärtigen Theorien u. s. w. S. 79) nicht die Rede nach dem Stenographischen Bericht, sondern nach einem besonderen Werke „Reden des Grafen zu Eulenburg" anführen. Ich gestehe übrigens vorweg zu, dass, was Graf ZU EULENBURG gesagt hatte, gar nicht einmal seine Privatmeinung, sondern die im Staats-

ministerium berathene und beschlossene Ansicht der preussischen Staatsregierung war.

Der Fall war dieser:

Im ehemaligen Königreiche Hannover bestanden sechs Landdrosteien. Man wollte nun nicht die sämmtlichen sechs Landdrosteien in Regierungen verwandeln, sondern diese zu drei zusammenlegen. Bei dem grossen Einfluss der Hannoveraner (MIQUEL, v. BENNIGSEN, WINDTHORST) verständigten sich Staatsregierung und Abgeordnetenhaus aber dahin, alle sechs Landdrosteien bestehen zu lassen. Das Abgeordnetenhaus kam dabei selbstredend nur wegen der Geldbewilligung in Frage. Dass nun die Angelegenheit zwischen Regierung und Abgeordnetenhaus ohne Zuziehung des Herrenhauses geregelt wurde, versetzte das letztere in tiefe Verstimmung und es wurde dort die Resolution eingebracht, dass Aenderungen in den „Polizeibehörden“ nur durch Gesetz, das heisst also, nicht ohne das Herrenhaus, vor sich gehen sollten. Vergebens berief sich die Krone auf ihr Organisationsrecht und darauf, dass sie alle ihr durch die Verfassung nicht entzogenen Rechte habe; man entgegnete, diese Kronrechte wolle das Herrenhaus nicht antasten, sie liessen sich aber praktisch wegen des Geldpunktes nicht ohne das Abgeordnetenhaus durchführen[1], das Herrenhaus wolle auch seinerseits bei solchen Organisationsfragen mitreden; man verwahrte sich immer wieder und wieder, dass man gegen die Kronrechte beschliessen wollte; nur gegen das Abgeordnetenhaus richte man sich, und damit dieses nicht vor und über das Herrenhaus komme, deshalb wünsche man, dass Polizeibehörden nur durch Gesetz organisirt werden mögen. Zur Beruhigung des Herrenhauses wurde ihm von der Regierung gesagt, was hier angezogen zu werden pflegt, dass, wenn „in dem materiellen Umfange der Regierungsrechte etwas geändert werden, eine Einschränkung

[1] Rede von KLEIST-RETZOW, Stenogr. Ber. S. 173.

oder Erweiterung derselben eintreten soll“, dies nicht ohne das Herrenhaus (nur im Wege der Gesetzgebung) geschehen kann. Der Beruhigungsversuch hatte keinen Erfolg und das Herrenhaus nahm nahezu einstimmig die Resolution an. Dies Alles ist bereits im meinem Verordnungsrecht[2] an mehreren Stellen behandelt, und eigentlich hätte ich hoffen dürfen, dass, wenn man gegen mich polemisirt, der ganze Hergang vorgetragen würde. Was ist mit dem verunglückten Beruhigungsversuch gemeint? Es handelte sich ausgesprochenermaassen nur um „Polizeibehörden“, in casu um die Regierungen. Die Staatsregierung erklärte, dass, wenn den Polizeibehörden erweiterte oder neue Befugnisse oder andere Befugnisse eingeräumt werden sollen, dazu ein Gesetz nöthig sei. Darin hat sie am letzten Ende nicht Unrecht; denn es handelt sich um eine Aenderung des Gesetzes über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850 (G.-S. 1850 S. 265)[3]. Wie viel Werth man also auch der Beruhigungserklärung beilegen mag, so lässt sie sich doch immer nur für die Polizeibehörden verwerthen und hier steht sie nicht im Widerspruche mit der Theorie, dass, wo die Verfassung kein Gesetz erfordert und ein konstitutionelles Gesetz nicht vorhanden ist, die Staatsregierung in Preussen noch die Befugniss zur Rechtssetzung habe.

Ex professo wurde die hier beregte Frage im Jahre 1865 im Abgeordnetenhause behandelt aus Anlass des Allerhöchsten Erlasses, betr. das Prisenreglement vom 20. Juni 1864, G.-S. S. 369 (dänischer Krieg). Der Abgeordnete v. Rönne interpellirte 1865 die Regierung wegen der Gesetzmässigkeit dieses Erlasses. Da er offenbar nicht sicher war, dass schon aus dem Fehlen eines Gesetzes, dessen Ausführungsverordnung der Erlass hätte sein können, die Ungiltigkeit folgte, so stützte er sich

---

[2] S. 147, 150 Anm. 4.

[3] Siehe Arndt in der Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft Bd. XXI S. 276 f.

recht nur die Normen der Gesetzgebung an, welche ein eigentliches Rechtsverhältniss (ein privat- oder öffentliches), dagegen nicht die, welche bloss eine gesetzliche Ordnung der Regierungsthätigkeit begründen. An anderer Stelle II S. 447 ff. klärt STAHL auf, wie er dies meint: „Diejenigen Lebensverhältnisse, in welchen es der primäre und absolute Zweck ist, den einzelnen Staatsbürgern das ihnen zukommende Recht unverbrüchlich zu erhalten, bilden die Sphäre der Rechtspflege, diejenigen dagegen, in welchen der primäre Zweck eine Gestaltung, ein Erfolg für das Ganze ist, bilden die Sphäre der Verwaltung — —." „Wo die innere Absicht allein die Gerechtigkeit ist, da ist das Bereich der Gerichte und sonst nirgend." Bei den Rechtsverhältnissen, „welche dazu dienen, die Menschen gemeinsam zu beherrschen, sie zu einem Gesammtdasein zu verbinden und dieses als solches zu vollenden — ist eben dieser Gesammterfolg (und nicht die Gerechtigkeit) das primär bestimmende Prinzip". Schulregulative, Militärinstruktionen, obwohl sie tief in den Rechtsstand eingreifen, ungleich mehr als das gesammte bürgerliche Recht, gehören nach STAHL daher zum Gebiete der Verwaltung und können im Verordnungswege geregelt werden, da ihr primärer Zweck nicht der Rechtsstand des Individuums, sondern das Interesse der Gesammtheit ist, da sie eben dazu dienen, die Menschen gemeinsam zu beherrschen, sie zu einem Gesammtdasein zu verbinden.

Ich kann zwar, was STAHL ausführt, nicht ganz als schlüssig anerkennen; denn auch die Straf- und die Polizeigesetze wollen primär nicht den Rechtsstand des Individiums bestimmen, sondern „die Menschen gemeinsam beherrschen", und doch gehören sie unzweifelhaft nicht zum Gebiete der Verwaltung bezw. der Verordnung, sondern kraft positiven Rechts zum Gebiete der Gesetzgebung. Nur so viel soll aus STAHL's Ausführungen hergeleitet werden, dass nach seiner Ansicht keineswegs alle Rechtsnormen auf Gesetz beruhen oder sich auf ein Gesetz zurück-

[illegible] und dass er unter einer Verwaltungsmassregel, [illegible] Wirkung auf den Rechtszustand erstreckt[8] und [illegible] der Zustimmung des Parlaments bedarf, nur [illegible] meint, deren **primärer** Zweck die Gerechtigkeit sei, nicht z. B. Schulregulative, welche bekanntlich nach seiner Ansicht im Verwaltungs- (Verordnungs-)wege ergehen konnten, weil ihr primärer Zweck der allgemeine Schulzweck war. Uebrigens kam es STAHL bei jener Gelegenheit am 3. Nov. 1849 nur darauf an, dem Herrenhause probabel zu machen, dass das Nothverordnungsrecht sich auch auf solche Fälle erstrecken müsse, in denen die Verfassung auf ein Gesetz hinweist, wo also eine selbständige Verordnung nicht hinreichen kann[9]. STAHL kann also ganz gewiss nicht als Eideshelfer für die Theorie angeführt werden, wonach in Preussen jede Rechtsnorm sich stets auf ein konstitutionelles Gesetz zurückführen muss. In der **dritten Auflage** (S. 856) wiederholt STAHL nach **Emanation der Verfassung** etwa, was er in der zweiten gesagt; er erkennt also nach positivem Recht die Zulässigkeit **selbstständiger Rechtsverordnungen** an; II. Abth. S. 385, 608ff. a. a. O.

III. Vom Standpunkte eines Studierenden der Jurisprudenz, eines Richters oder Rechtsanwalts ist es ungeheuer wichtig, wie lange die Kündigungsfristen bei Darlehen und Miethe, die Gewährfristen beim Kauf sind, ob Kauf, Miethe bricht, ob der

---

[8] Stenogr. Ber. der I. Kammer 1849 Bd. I S. 183; auf diese Stelle nimmt ANSCHÜTZ auf die gegenwärtigen Theorien Bezug.

[9] ARNDT im Archiv f. öffentl. Recht 1886 S. 450f. Die Stelle lautet übrigens (Stenogr. Ber. der I. Kammer 1849 S. 1323): „In einem wohlgeordneten konstitutionellen Staate kann eine solche Ausnahmegewalt, wie die des Art. 105 (heute Art. 63) nur den Sinn haben, dass Verwaltungsmaassregeln gestattet seien, welche in das Gebiet des Rechts sowie der Gesetzgebung hineinreichen, nicht aber, dass es eine Ausnahmegewalt gebe, vermöge welcher die Regierung allein dauernde Rechtszustände regeln und organische Einrichtungen schaffe. Aber einmal ist doch auch damit angenommen, dass es nothwendige Verwaltungsmassregeln giebt, welche den Rechtszustand alteriren und dass man deshalb die Regierung hierzu ermächtigen muss."

Todte den Lebendigen beerbt u. s. w., nicht aber, vom Standpunkte der Krone, des Parlaments, der Politik, der Partei- und Staatsmänner. Von diesem letzteren Standpunkte ist erheblich nur festzustellen, dass die Krone nicht in die Rechtsprechung eingreifen darf. Daher erklärt es sich, dass sowenig von den Volkshaufen wie von den Volksvertretungen im Jahre 1848 privatrechtliche Sätze als Forderungen des Volkes erhoben sind, und dass sich die preussische Verfassung mit dem Art. 86 begnügte Das Recht über Krieg und Frieden, die Militärersatzinstruktion, die Militärdisziplinarordnung, die Schulregulative, also ob, wie viel und wie beschaffener Religionsunterricht gelehrt und genommen werden soll, Alles dies Dinge, die weit mehr in den Rechtsstand eingreifen wie die Dauer der Kündigungsfristen beim Kauf hat man 1850 in den Händen der Krone als deren alleiniger Prärogative verbleibend zurücklassen müssen. Die Krone von Preussen war damals zu stark, um sich solche Einschränkungen ihrer Macht, dass jede Anordnung auf Gesetz, also auf den Willen des Landtages zurückgeführt werden müsse, gefallen zu lassen. Wie oft hat die demokratische Partei 1850 und später behauptet, dass Preussen in Wahrheit noch ein absoluter Staat sei! Dies ist nun sehr übertrieben; richtig an dem Satze ist aber soviel, dass die preussische Krone noch ein selbstständiger Machtfaktor geblieben ist. Man lese nur nach, was v. MANTEUFFEL den Revisionskammern beim Nothverordnungsrechte sagte, nämlich, dass die Weltgeschichte auf das Zusammensein der preussischen Kammern keine Rücksicht nehme, dass ein zu häufiges Einberufen des Landtages die Kosten nicht lohne, weshalb die Krone allein geeigneten Falls selbst die Gesetze geben werde; man beachte, dass die Kammern auf diese Rede einfach zu Kreuze krochen und dann wird man begreifen, dass die preussischen Kammern kein solcher Machtfaktor werden sollten wie die belgischen! Allerdings die Macht der Kammern wächst und ist gewachsen, schon wegen des Geldausgabebewilligungs-

rechtes. Der Satz, dass nichts in Preussen angeordnet werden darf, wozu der Landtag direkt oder indirekt seine Zustimmung gegeben hat, ist aber, sowenig er in der Verfassung enthalten ist, ebensowenig Bestandtheil unseres positiven Staatsrechts geworden. Wer einerseits behauptet, dass die Krone alle ihr nicht entzogenen Rechte hat, dass andererseits aber sie nur die ihr ausdrücklich eingeräumten und keine anderen Verordnungsbefugnisse habe, widerspricht sich selbst. Er gleicht jenem einst typischen Berliner Altbürger, der zu sagen pflegte, er sei stets für Bismarck, aber er wähle stets Virchow.

Wenn es selbst richtig wäre, dass nach meiner Theorie das bürgerliche Recht im Verordnungswege geregelt werden könnte, was nicht der Fall ist wegen Art. 86, so folgt daraus für oder wider diese Theorie Nichts, da das bürgerliche Recht politisch ganz gleichgültig ist, und es also erklärlich sein würde, wenn man 1848—1850 nicht daran gedacht hat, es ausdrücklich dem Verordnungswege zu entziehen. Uebrigens bezeugt STAHL, 3. Aufl., Bd. II S. 388, dass z. B. in Mecklenburg bürgerliche Gesetze „gleichgültige Gesetze" von diesem Standpunkte aus genannt wurden, ferner 1846, dass die öffentliche Meinung (er nicht) damals forderte, die Richter sollten nur Gesetze und nicht die selbständigen Verordnungen anwenden. Die von STAHL bekämpfte öffentliche Meinung hat hierin, wie überhaupt in der Lehre der Trennung der gerichtlichen von der vollziehenden Gewalt (Art. 49 Abs. 3), den Erfolg davon getragen (Art. 86). In der 3. Aufl. 1856 erkennt STAHL II. Abth. S. 601 an, dass der Richter nur dem formellen Gesetze, nicht der Verordnung unterworfen sein soll: „Der oberste Grundsatz für die Einrichtung der Gerichte ist ihre Unabhängigkeit vom Souverän. Er ist die erste Bürgschaft für wahre Rechtspflege, die Basis aller Gerechtigkeit. Dies folgt zunächst daraus, dass hier nicht der Geist und die Persönlichkeit des Herrschers, der den Erfolg für das Ganze im Auge hat und danach sich frei entschliesst, ent-

scheiden darf, sondern allein das Gesetz, das unwandelbar gleiche, das als ein immer Gegenwärtiges besteht, kein Ziel in der Zukunft hat; denn diesem zu Folge darf nur ein von der Persönlichkeit des Herrschers getrenntes Organ, das bloss dem Gesetze dient, die Entscheidung finden." Dass die ordentlichen Gerichte (anders Prisen-, Militärgerichte) nur formellen Gesetzen unterthan sein sollten, erkannte die Staatsregierung 1865 durch den Grafen zur Lippe an.

IV. Was folgt aus dem Voraufgeführten? Erklärungen der Staatsregierung, eines Ministers, eines Gelehrten sind an sich kein zwingender Beweis. Sie sollen auch nur gegnerische Argumente entkräften. Eine fünfzigjährige Praxis, die vor den Augen des Landtages geübt würde, möchte dagegen ein hinreichender Beweis sein. Denn wohin soll man im Staatsleben kommen, wenn das von Millionen und aber Millionen millionenmal Befolgte (Schulregulative, Militärersatzinstruktionen, Militärdisziplinarordnung, Kontrollordnungen, Telegraphenordnungen, Eisenbahnbetriebsreglements) so leichthin mit allgemeinen Worten angefochten werden kann? Dann könnte ebenso gut die Rechtsbeständigkeit des Herrenhauses, der Auflösung des Deutschen Bundes u. s. w. angefochten werden.

Der volle Beweis dafür, dass es in Preussen noch selbständige Verordnungen geben darf, liegt aber darin (negativ), dass Gesetz im vorkonstitutionellem Preussen wie in Belgien[10] ein formeller Begriff ist, also aus der Anwendung dieses Wortes in

[10] Vauthier, Belgisches Staatsrecht S. 99: „Die deutsche Unterscheidung zwischen Gesetzen im formellen und materiellem Sinne — würde in Belgien schwerlich verstanden werden. Als Gesetz wird jeder Akt der souveränen Gewalt betrachtet, welcher zu freier Giltigkeit die Beobachtung der zur Schaffung eines Gesetzes nothwendigen Förmlichkeiten erfordert." S. im Allgemeinen auch Sarwey, Allgemeines Verwaltungsrecht in Marquardsen's Handbuch S. 9 ff.: „In keinem Staate ist eine Norm Gesetz, welche nicht die Willensäusserung der höchsten Gewalt ist. Diese höchste, die gesetzgebende Gewalt" u. s. w.

Art. 62 Nichts gegen das selbständige Verordnungsrecht gefolgert werden kann und positiv, dass die Krone Preussen alle ihr nicht ausdrücklich entzogenen Befugnisse bewahrt hat und Sätze, wonach die Krone nur vom Gesetze abgeleitete Rechte habe, oder dass alle An- und Verordnungen sich am letzten Ende auf Gesetze zurückführen müssen, in die preussische Verfassung nicht allgemein, sondern nur in bestimmten Fällen Art. 5, 6, 8, 86 u. s. w. — Aufnahme gefunden haben[11], trotzdem diese Sätze dem Gesetzgeber stets und Jahre lang vor Geist und Augen geschwebt haben.

[11] S. auch Arndt in der Zeitschr. f. die gesammte Strafrechtswissenschaft Bd. XXI S. 260ff.

Eisenbahn und Wegerecht.

Von

Professor Dr. iur. OTTO MAYER in Strassburg i. Els.

Wir haben unter diesem Titel in den vorausgehenden Abhandlungen (Bd. XV S. 511ff., Bd. XVI S. 38ff.) zunächst die Einwirkung besprochen, welche zu Gunsten der Eisenbahn auf bestehende öffentliche Wege geübt wird, das eisenbahn-rechtliche Wegeveränderungsrecht, sodann betrachtet, inwiefern die Eisenbahn selbst an dem besonderen Rechte der öffentlichen Wege Theil nimmt[1]. Dabei haben sich noch verschiedentlich Be-

---

[1] Im Nachtrag zu dem hierüber Ausgeführten möchte ich auf eine Abhandlung von KOHLER verweisen, welche inzwischen in der Zeitschr. für deutsch. bürgerl. Recht u. franz. Civ.-Recht XXXII Heft 1 erschienen ist. Das Recht der Gasanstalt, Röhren in der öffentlichen Strasse zu haben, wird dort als eine civilrechtliche Servitut erklärt. Freilich ist es keine „Grunddienstbarkeit im eigentlichen Sinn", und den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten nach § 1090 B. G.-B. „ähnelt" es nur. Bei dieser Sachlage „bleibt nichts Anderes übrig, als die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs rechtsähnlich in Anwendung zu bringen", und zwar gemischt, bald die Regeln über persönliche, bald die über Grunddienstbarkeiten. Dem gemäss wird nun im Einzelnen dargethan, dass das Grundbuchrecht hier gilt, falls aber die Strasse nicht im Grundbuch eingetragen ist, die Begründung der Servitut in der Form erfolgt, welche das Landesrecht für die Uebertragung des Grundeigenthums vorgeschrieben hat, dass die Gemeinde durch 30jährigen Freiheitsbesitz für bestimmte Stücke ihrer Strasse die Dienstbarkeit beseitigen kann, dass Besitzesschutz für diese Servitut stattfindet nach B. G.-B. § 1029 oder E.-G. Art. 191 Abs. 2 u. s. w. KOHLER glaubt damit „eine Dienstbar-

Art. 62 Nichts gegen das selbständige Verordnungsrecht gefolgert werden kann und positiv, dass die Krone Preussen alle ihr nicht ausdrücklich entzogenen Befugnisse bewahrt hat und Sätze, wonach die Krone nur vom Gesetze abgeleitete Rechte habe, oder dass alle An- und Verordnungen sich am letzten Ende auf Gesetze zurückführen müssen, in die preussische Verfassung nicht allgemein, sondern nur in bestimmten Fällen Art. 5, 6, 8, 86 u. s. w. — Aufnahme gefunden haben[11], trotzdem diese Sätze dem Gesetzgeber stets und Jahre lang vor Geist und Augen geschwebt haben.

---

[11] S. auch ARNDT in der Zeitschr. f. die gesammte Strafrechtswissenschaft Bd. XXI S. 260 ff.

Eisenbahn und Wegerecht.

Von

Professor Dr. iur. OTTO MAYER in Strassburg i. Els.

Wir haben unter diesem Titel in den vorausgehenden Abhandlungen (Bd. XV S. 511ff., Bd. XVI S. 38ff.) zunächst die Einwirkung besprochen, welche zu Gunsten der Eisenbahn auf bestehende öffentliche Wege geübt wird, das eisenbahn-rechtliche Wegeveränderungsrecht, sodann betrachtet, inwiefern die Eisenbahn selbst an dem besonderen Rechte der öffentlichen Wege Theil nimmt[1]. Dabei haben sich noch verschiedentlich Be-

[1] Im Nachtrag zu dem hierüber Ausgeführten möchte ich auf eine Abhandlung von KOHLER verweisen, welche inzwischen in der Zeitschr. für deutsch. bürgerl. Recht u. franz. Civ.-Recht XXXII Heft 1 erschienen ist. Das Recht der Gasanstalt, Röhren in der öffentlichen Strasse zu haben, wird dort als eine civilrechtliche Servitut erklärt. Freilich ist es keine „Grunddienstbarkeit im eigentlichen Sinn", und den beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten nach § 1090 B. G.-B. „ähnelt" es nur. Bei dieser Sachlage „bleibt nichts Anderes übrig, als die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs rechtsähnlich in Anwendung zu bringen", und zwar gemischt, bald die Regeln über persönliche, bald die über Grunddienstbarkeiten. Dem gemäss wird nun im Einzelnen dargethan, dass das Grundbuchrecht hier gilt, falls aber die Strasse nicht im Grundbuch eingetragen ist, die Begründung der Servitut in der Form erfolgt, welche das Landesrecht für die Uebertragung des Grundeigenthums vorgeschrieben hat, dass die Gemeinde durch 30jährigen Freiheitsbesitz für bestimmte Stücke ihrer Strasse die Dienstbarkeit beseitigen kann, dass Besitzesschutz für diese Servitut stattfindet nach B. G.-B. § 1029 oder E.-G. Art. 191 Abs. 2 u. s. w. KOHLER glaubt damit „eine Dienstbar-

ziehungen ergeben, in welche der Schienenweg Eisenbahn zu Wegen gemeiner Art treten kann. Sie fassen sich in zwei Gruppen zusammen. Es können einerseits solche Wege von dem Eisenbahnunternehmen selbst geschaffen und hergestellt werden; im Gegensatz zu dem ihm eigenthümlichen Schienenweg nennen wir sie eisenbahn-rechtliche Nebenwege. Andererseits kann der Schienenweg mit gemeinen Wegen auf mancherlei Weise sich kreuzen, ohne sie zu beseitigen, so dass beide zusammen über dem nämlichen Stück Erdoberfläche bestehen: eisenbahnrechtliche Wegegemeinschaften.

Was in diesen Fällen Rechtens ist, soll hier erörtert werden.

I. Die gemeinen Wege, die das Eisenbahnunternehmen neben seinem Schienenwege schafft und herstellt, die eisenbahnrechtlichen Nebenwege, sind zweierlei Art, verschieden nach dem Verhältniss, in welchem sie zu der Hauptsache, dem Schienenwege, stehen. Sie dienen entweder dem Betriebe des Unternehmens selbst, als Eisenbahn-Nebenwege. Oder sie dienen dem sonstigen Verkehr und werden von der Eisenbahn nur deshalb geschaffen und hergestellt, weil dadurch ein Ausgleich geschaffen werden soll für die Störungen, welche sie durch ihr Wegeveränderungsrecht den vorgefundenen Verkehrseinrichtungen bereitet hat: eisenbahn-rechtliche Ersatzwege.

1. Eisenbahn-Nebenwege sind dem Eisenbahnunternehmen zugehörige Wege, die bestimmt sind, den Schienenweg und die zu seinem Betriebe dienenden Einrichtungen zugänglich zu machen. Der Bahnsteig ist solch ein Weg. Ebenso die Verbindungswege zwischen den einzelnen Gebäuden des Bahnhofes: Wagenschuppen, Werkstätten, Direktionsgebäude, Empfangsgebäude, Ladehallen, Zollschuppen. Ebenso die Wege, die von diesen Stellen nach

keit eigener Art“ entdeckt zu haben, „an welche die Wissenschaft bisher nicht gedacht hat“. Man ersieht hieraus, wie unentbehrlich die Kenntniss des öffentlichen Rechts ist.

aussen führen, damit das Eisenbahnpersonal oder das Publikum hinzukommen könne.

Soweit diese Wege im sog. Bahngebiete liegen, wird ihre rechtliche Natur keinem Zweifel ausgesetzt sein. Das Bahngebiet bildet sich, wie wir oben S. 83 festgestellt haben, aus allem Grundeigenthum, welches dem Eisenbahnunternehmen dient und sich in „nach aussen klar erkennbarer Abgrenzung“ um den Schienenweg schliesst. Es ist, wie wir sagten, der äussere Herrschaftsbereich der Bahnpolizei, d. h. hier der Anstaltsgewalt des Unternehmens, welches in selbständiger Weise die Ordnung darin handhabt. Alles, was an Eigenthum dazu gehört, den Schienenweg selbst ausgenommen, ist civilrechtlicher Natur[2]. Dass mit jener Ordnungsgewalt die Benützung der zugehörigen Wege geregelt, insbesondere Bestimmung getroffen wird, ob und wieweit sie auch Nichtbediensteten, dem Publikum, zugänglich sein sollen, ändert nichts an der Natur des Sachenrechts daran, so wenig als dieses bei Postgebäuden, Schulanwesen, Exercierplätzen der Fall ist. Sie sind im juristischen Sinne Privatwege, d. h. Wege, deren rechtliche Zugehörigkeit an ihren Herrn den Regeln des Privatrechts unterliegt[3].

Eine besondere Betrachtung verdienen nur diejenigen Eisenbahn-Nebenwege, welche aus jenem geschlossenen Kreise des

---

[2] Vgl. oben S. 82 ff.

[3] Oberverwaltungsgericht vom 1. Oct. 1887 (Eisenb.-Arch. 1898 S. 601): Wege, die zur Vermittlung des Bahnverkehrs innerhalb des Bahngebietes dienen, um die Bahnhofsgebäude und Güterschuppen unter sich und mit den nächsten öffentlichen Wegen zu verbinden, sind nicht öffentliche Wege im Sinne des gemeinen Wegerechts, auch nicht beschränkt öffentliche Wege, wie die Kirch- und Schulwege, sondern Privatwege unter staatlicher Aufsicht gemäss § 24 Eisenb.-G. vom 3. Nov. 1838. — Das französische Recht behandelt, wie oben S. 84 Note 46 bemerkt, das ganze Bahngebiet als domaine public, also auch diese Bahnhofswege. Diese Auffassung wird aber auf deutschem Boden nicht für das ganze ehemalige Geltungsgebiet des code civil vertreten werden können, sondern lediglich für Elsass-Lothringen, wo allein die Rechtsentwicklung auch diese spätere Ausbildung der Lehre vom domaine public noch mitgemacht hat.

Bahngebietes heraustreten[4] und zugleich einer allgemeinen Benützung durch das mit der Bahn verkehrende Publikum freigegeben sind. Das erstere allein macht noch nichts aus: ein Weg, den die Eisenbahn ausserhalb des Bahnhofes angelegt hat, damit ihre Maschinenwerkstätte einen besonderen Zugang erhalte, ist ein gewöhnlicher Privatweg, der auch nicht einmal der Bahnpolizei unterliegt[5]. Aber wenn der herausführende Weg zugleich einer solchen öffentlichen Benützung zu dienen hat, dann wird seine rechtliche Natur fraglich werden können.

Das Gleiche gilt von Bahnhofvorplätzen. Unter Umständen bilden sie einfach Stücke des Bahngebietes. So findet man z. B. im Elsass noch manchmal ältere Bahnhöfe aus französischer Zeit, die mit einem grossen eingefriedigten Vorplatz an die öffentliche Strasse grenzen. Das ist wieder einfach civilrechtlicher Besitz des Bahnunternehmens, in welchem es die Ordnung aufrecht erhält. In anderen Fällen aber schliesst sich der eigentliche Bahnhof gegen den Vorplatz ab, während dieser seinerseits unmerklich in die öffentliche Strasse übergeht. Da erhebt sich wieder jene Frage, die wir jetzt untersuchen wollen. Dabei fassen wir alle dem Eisenbahnunternehmen dienenden Wege oder Plätze, die aus dem Bahngebiete heraustreten und dem Publikum zur Benützung frei stehen, unter dem Namen Zufuhrwege zusammen.

Zunächst ist zu unterscheiden. Es kann sein, dass ein bereits vorhandener öffentlicher Weg der Gemeinde, des Kreises, des Staates thatsächlich dem Zugang zum Bahnhof dient, dass

---

[4] Die Bedeutsamkeit dieses Merkmals wird hervorgehoben in Oberverwaltungsgericht vom 28. Sept. 1892 (Eisenb.-Arch. 1893 S. 140). Vgl. oben S. 83 Note 44.

[5] Dass der Weg privatrechtlicher Art ist, ergiebt sich von selbst aus der für die Bahnhofswege geltenden Auffassung; oben Note 3. — Das französische Recht zählt auch die aus dem Bahngebiet heraustretenden Eisenbahnwege noch zu den dépendances du chemin de fer und folglich zum domaine public: Aucoc, Dr. adm. n. 1447; Féraud-Giraud, Voies publiques n. 138; Palaa, Dict. des chemins de fer V° alignement.

der Bahnhof einfach an einen bereits vorhandenen öffentlichen Platz gebaut wird. Weg und Platz hören dadurch nicht auf, öffentliche, d. h. nach öffentlichem Sachenrecht geordnete Wege zu sein und der Wegepolizei zu unterliegen. Darüber ist nichts weiter zu sagen[6].

Es kann aber auch sein, dass die Eisenbahn selbst sich einen derartigen Zufuhrweg erst hergestellt hat. Dann würden wir also einen Eisenbahn-Nebenweg haben in dem vorhin festgestellten Sinne. Das Besondere daran und was ihn von den bisher betrachteten Fällen unterscheidet, wäre jedenfalls schon darin gegeben, dass diese Art von Eisenbahn-Nebenweg immer fähig und geneigt sein wird, in einen gewöhnlichen öffentlichen Weg überzugehen. Das ist bei den Wegen auf Bahngebiet natürlich nicht der Fall und ebenso wenig bei den heraustretenden Eisenbahnwegen, die nicht für das Publikum bestimmt sind, wie z. B. der besondere äussere Zugang zur Maschinenwerkstätte. Die Zufuhrwege, von welchen wir hier sprechen, stehen von vornherein in Gestalt und Herrichtung und in der Art, wie der Verkehr sich darauf bewegt, einem öffentlichen Wege thatsächlich und für den äusserlichen Eindruck gleich. Rechtlich sind sie das nicht ohne Weiteres. Sie können es nur werden durch einen darauf gerichteten Willensakt. Dieser Willensakt kann nicht ausgehen von der Eisenbahnverwaltung: die kann nur eine Art von öffentlichen Wegen machen, das ist der ihr eigenthümliche Schienenweg. Damit der Zufuhrweg ein öffentlicher Weg werde, muss er übernommen werden von einem Rechtssubjekt, das

[6] Dem steht es natürlich gleich, wenn etwa die Gemeinde aus Anlass des Eisenbahnbaues einen neuen öffentlichen Weg ihrerseits herstellt, um den Zugang zum Bahnhof zu erleichtern. Oberverwaltungsgericht vom 20. Oct. 1891 (Eger, Entsch. Bd. IX S. 93ff.) hebt scharf den rechtlichen Unterschied hervor zwischen einem solchen Weg, der „auf Betrieb und unter Aufsicht der Wegepolizei in Folge von Eisenbahnanlagen neu angelegt wurde", und denjenigen Wegen, welche der Eisenbahnunternehmer als seine Wege neu schafft. Von den letzteren wird nunmehr oben die Rede sein.

dazu berufen ist, dem gemeinen Wegewesen vorzustehen: Staat, Kreis, vor Allem als nächstbetheiligte die Ortsgemeinde[7].

Die Uebernahme kann freiwillig geschehen: ausdrücklich durch Uebereinkommen mit der Eisenbahnverwaltung, oder stillschweigend durch thatsächliche Besorgung und Instandhaltung. Sie kann auch eine gezwungene sein: die Aufsichtsbehörden sollen die Träger der allgemeinen örtlichen Wegelast dazu anhalten, Strassen, die thatsächlich dem öffentlichen Verkehre dienen, als ihre Strassen anzuerkennen und zu besorgen. Das trifft bei unseren Zufuhrwegen nicht schon deshalb zu, weil sie den Verkehr mit dem Bahnhof vermitteln. Sie können aber durch ihre Fortsetzung am Bahnhof vorbei oder in Folge stattgehabter Bebauung eine solche von der Eigenschaft eines Zufuhrweges losgelöste, selbständige Verkehrsbedeutung erhalten, und dann ist der Fall gegeben, wo die Aufsichtsbehörde die Uebernahme zu erzwingen berufen ist[8]. Die Uebernahme begründet

---

[7] O.-V.-G. 1. Oct. 1887 (Samml. Bd. XV S. 285); O.-V.-G. 30. Jan. 1891 (Samml. Bd. XX S. 278); O.-V.-G. 27. Febr. 1895 (Eger, Eisenbahnrechtl. Entsch. Bd. XI S. 305); O.-V.-G. 13. März 1899 (Eisenb.-Arch. 1899 S. 863). — Nach französischem Recht ist der Zufuhrweg, auch so lange er der Eisenbahn noch gehört, schon öffentlicher Weg; die Uebernahme durch die Gemeinde oder das Département kommt auch hier vor, bedeutet aber nur eine Aenderung des verwaltenden Subjekts und der besonderen Art des öffentlichen Weges: Féraud-Giraud l. c. n. 160. — Bayr. V.-G.-H. 28. Nov. 1882 (Samml. Bd. IV S. 438) stellt ebenfalls den allgemeinen Grundsatz auf, dass ein Gemeindeweg nur entstehen kann durch Uebernahme; ohne diese aber wäre der öffentliche Weg ein „öffentlicher Weg schlechthin“. Das giebt es unseres Erachtens nicht. Ein öffentlicher Weg muss immer einem bestimmten Rechtssubjekt öffentlicher Verwaltung gehören. „Uebernahme der Unterhaltungspflicht durch ein bestimmtes Rechtssubjekt“ ist das Erforderniss, wie O.-V.-G. 13. März 1899 sich ausdrückt. Ein Rechtssubjekt dieser Art ist der Eisenbahnunternehmer als solcher nur für seinen Schienenweg, wenigstens nach der in Deutschland herrschenden Anschauung. Das macht eben den Unterschied vom französischen Recht.

[8] Wie sich in dieser Beziehung altpreussisches und hannoverisches Recht unterscheiden — nur das erstere gestattet einen Zwang zur Uebernahme — vgl. O.-V.-G. 30. Jan. 1891 (Samml. Bd. XX S. 278). Nach bay-

für die Gemeinde einen öffentlich-rechtlichen Besitz an der Strasse, dem Platz. Das Eigenthum, civilrechtlicher Art, verbleibt zunächst der Eisenbahn[9]. Soll auch dies übergehen, so sind dafür die entsprechenden civilrechtlichen Formen zu erfüllen. Damit entsteht dann öffentliches Eigenthum der Gemeinde. In der einen oder anderen Gestalt bietet der Zufuhrweg, einmal übernommen, nichts, was von dem gewöhnlichen öffentlichen Sachenrecht abweicht. Nur in einer Beziehung wird eine Besonderheit bemerkbar werden: der Bestimmung, als Zufuhrweg zu dienen, kann er nicht willkürlich entzogen werden. Das Recht der Gemeinde, öffentliche Strassen eingehen zu lassen, bleibt auch hier bestehen. Aber in dem Verfahren, das der förmlichen Aufhebung vorausgeht, kann die Eisenbahn ihr Interesse an dem Fortbestande zur Geltung bringen. Ist sie Eigenthümerin des Grundes und Bodens geblieben, so kann sie diesen wieder als Eisenbahn-Nebenweg verwenden. Hat sie das Eigenthum übertragen, so wird sie dabei die nöthigen Garantien sich vertragsmässig ausbedungen haben.

Nun bleibt aber noch der Fall zu betrachten, wo eine derartige Uebernahme des Zufuhrweges nicht stattgefunden hat.

---

rischem Recht kann ein Gemeindeweg als solcher „anerkannt" werden sowohl von der Gemeinde selbst als von der Verwaltungsbehörde; letzteres ist eben der Zwang: V.-G.-H. 28. Nov. 1882 (Samml. Bd. IV S. 438); in besonderer Anwendnung auf Eisenbahnzufuhrwege: V.-G.-H. 3. Jan. 1882 (Samml. Bd. III S. 488). — Das französische Recht kennt bloss die freiwillige Uebernahme durch einen „Accord" zwischen Eisenbahnverwaltung und Gemeinde (Aucoc, Droit adm. n. 1447).

[9] Bl. f. adm. Praxis 1880 S. 391 ff. — Die österreichischen Landesgesetze über Eisenbahnzufahrtsstrassen (Roell, Oesterr. Eisenb.-Ges. S. 204) setzen meist voraus, dass diese Strassen öffentliche Wege, also von Gemeinde oder Bezirk übernommen werden. Dabei wird „eine Konkurrenz" eingerichtet von Eisenbahn, Bezirk und Gemeinde wegen Vertheilung der Unterhaltungskosten. — Die Uebernahme, ob freiwillig oder auferlegt, kann immer solche Nebenbestimmungen enthalten. Dass sie in keinem Falle ein civilrechtlicher Vertrag und an die Formen eines solchen gebunden ist, erscheint uns selbstverständlich.

Welches ist alsdann seine rechtliche Natur? Die Frage ist wichtig genug; denn sehr häufig bleibt es einfach dabei, dass die Eisenbahn die erforderlichen Wege und Vorplätze herstellt. Sie möchte ihrerseits sehr gern der Gemeinde dieses Gut anhängen, das nichts einträgt und nur kostet. Die Gemeinde aber kann, wie wir sehen, nur unter besonderen Voraussetzungen zur Uebernahme gezwungen werden. Sie ist ganz zufrieden damit, wie die Bahn in ihrem eigenen Interesse den Zufuhrweg besorgt, und lässt ihn gern in diesem Verhältnisse. Der Zufuhrweg ist alsdann ein Privatweg des Eisenbahnunternehmens, grundsätzlich von der nämlichen Rechtsnatur, wie die auf dem Bahngebiete selbst gelegenen[10]. Gerade deshalb aber, weil er seiner thatsächlichen Bestimmung und Benützung nach dem wirklichen öffentlichen Weg so nahe steht, ist es besonders lehrreich, die rechtlichen Verschiedenheiten, die ihn von diesem trennen, hervorzuheben[11].

Ein solcher Zufuhrweg ist keine öffentliche Sache, und die Polizei der öffentlichen Sache gilt nicht für ihn. Schutz gegen Beschädigung, Beeinträchtigung seines äusseren Bestandes, Miss-

---

[10] O.-V.-G. 1. Oct. 1887 (Samml. Bd. XV S. 285): „ein Privatweg, öffentlichen Interessen dienend, wie das ganze Eisenbahnunternehmen." „Werden solche Wege öffentliche, so . . . handelt es sich um eine vollständige Aenderung ihrer rechtlichen Natur." Die Gleichstellung mit Bahnhofsgebäude und Perron wird besonders hervorgehoben im O.-L.-G. München 1. Juni 1886 (Eger, Entsch. Bd. V S. 41). Ebenso O.-V.-G. 20. Febr. 1889 (Samml. Bd. XVII S. 312).

[11] Die thatsächliche Aehnlichkeit der Zufuhrwege mit öffentlichen Strassen kommt weder schön noch klar zum Ausdruck, wenn Gleim, Eisenb.-R. S. 228 sagt, sie seien Privatwege, aber „öffentlich-rechtlichen Charakter haben sie, insoweit wie die Bahnanlage selbst, deren rechtliche Natur sie theilen". Noch weniger schön O.-V.-G. 26. März 1887 (Eger, Entsch. Bd. V S. 267): „Wege, welche das Bahnhofsgebäude . . . mit der nächsten öffentlichen Strasse verbinden, entbehren zwar in gewissem Sinne des öffentlich-rechtlichen Charakters nicht, haben aber die Vermuthung von Privatwegen für sich".

brauch in der Benützung findet er nicht in dieser, sondern in den gewöhnlichen Regeln des Civilrechts, welche die Eisenbahnverwaltung als Eigenthümerin anrufen und mit Hülfe der bürgerlichen Gerichte zur Geltung bringen mag. Damit ist nicht gesagt, dass hier gar keine polizeilichen Einwirkungen stattfinden. Der Umstand, dass Privateigenthum thatsächlich einem gewissen öffentlichen Verkehre dient, giebt überall der Polizeigewalt einen Rechtstitel, um schützend einzugreifen, damit das zu diesem Verkehre eingeladene Publikum vor Störungen und Gefährdungen bewahrt werde. So kann ja z. B. sogar in einem Privathause die Beleuchtung der allgemein zugänglichen Treppe polizeilich vorgeschrieben werden. Auch die inneren Einrichtungen der Bahnhöfe können unter diesem Gesichtspunkte Gegenstand allgemein polizeilicher Vorschriften werden. Noch mehr wird das selbstverständlich der Fall sein bei einem Privateigenthum, das so umfassend und ausgeprägt einem öffentlichen Verkehre dient, wie es die Zufuhrstrassen und Vorplätze der Eisenbahn thun. Dass dem Eigenthümer die gehörige Beleuchtung vorgeschrieben werden kann, ist selbstverständlich. Beseitigung verkehrgefährdender Gräben und Ablagerungen, von Glatteis und Schneeansammlungen wird ebenso als polizeiliche Pflicht in Anspruch genommen werden können. Auch für das Publikum, das dort verkehrt, kann die gemeine Polizeigewalt, konkurrirend mit dem, was der Eigenthümer deshalb bestimmt, die nöthigen Befehle und Zwangsmaassregeln vorsehen, damit durch ungeeignetes Fahren und Reiten, oder durch Niederlegen und Aufstellen von Gegenständen keine Gefährdung bereitet werde. Die in dieser Hinsicht für die öffentlichen Strassen geltenden Regeln werden einfach hierher übertragen. Das ist aber hier Alles nicht Ausfluss der Polizei der öffentlichen Sache, sondern gemeine Sicherheitspolizei. Während jene in umfassender Weise die gute Ordnung und die Brauchbarkeit der Sache schützt, reicht hier die polizeiliche Einwirkung nur soweit, als die Rücksicht der öffent-

lichen Sicherheit einen rechtfertigenden Grund verleiht. Das bedeutet eine viel engere Begrenzung[12].

Der Zufuhrweg ist keine öffentliche Sache, und deshalb findet auch das öffentliche Sachenrecht auf ihn keine Anwendung. Er gehört der Eisenbahnverwaltung zu civilrechtlichem Eigenthum. Es können jeder Zeit Rechte daran begründet werden nach den Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuchs[13]. Begründete Privatrechte können ungehemmt daran geltend gemacht werden, soweit nicht die besonderen Regeln der Bahneinheit (oben S. 85) etwa Platz greifen;

---

[12] Hierüber die grundsätzlichen Auseinandersetzungen in O.-V.-G 31. März 1883 (Eisenb.-Arch. 1883 S. 408): Der Zufuhrweg „dient in gewissen Beziehungen dem öffentlichen Verkehr", ist aber kein öffentlicher Weg; daher ist die Zuständigkeit des Amtsvorstehers hier beschränkter als für öffentliche Wege. Im Allgemeinen gehen seine polizeilichen Befugnisse nur darauf, gemäss A. L.-R. Tr. II T. 17 § 10 Gefahren zu beseitigen, nicht aber darauf „die Bedürfnisse des Verkehrs zu besorgen". O.-V.-G. 8. März 1884 (Eisenb.-Arch. 1884 S. 241): Die Ortspolizeibehörde ist „auf Handhabung der Sicherheitspolizei beschränkt". — Im Interesse der Sicherheit kann der Eisenbahnverwaltung Beleuchtung des Zufuhrweges zur Pflicht gemacht werden (O.-V.-G. 28. Sept. 1892, Eisenb.-Arch. 1893 S. 139); ebenso können Baumpflanzungen längs des Weges polizeilich vorgeschrieben werden (Eisenb.-Arch. 1897 S. 1008); verkehrsstörende Lagerung von Materialien auf einem solchen Wege ist strafbar (Kammergericht Berlin 21. April 1898; Eger, Entsch. Bd. XV S. 229). Man stellt das wohl so dar, als fände hier eine Theilung der Polizei statt: die ordentliche Polizeibehörde wirkt nur beschränkt, nicht mit der vollen Wegepolizei, der Rest stünde der Eisenbahnverwaltung zu. So O.-V.-G. 5. Febr. 1899 (Eger, Entsch. Bd. XII S. 4): der Bahnhofvorplatz ist ein öffentlicher Platz im Sinne von § 37 Gew.-O.; es findet hier eine „konkurrirende Befugniss der Ortspolizeibehörde und der Bahnpolizei" statt. Allein was die Eisenbahnverwaltung hier macht, ist nicht die eigentliche Bahnpolizei; die beschränkt sich auf den Schienenweg und seine unmittelbaren Interessen. Es ist die Ordnungsgewalt der öffentlichen Anstalt, vermöge deren die Bedingungen geregelt und gehandhabt werden, unter welchen die Benützung ihrer Einrichtungen gestattet wird. Es handelt sich, wie O.-L.-G. München 1. Juni 1886 es ausdrückt, um „Räume, welche ohne Erlaubniss der Bahnverwaltung zu gewerblichen Zwecken nicht betreten werden dürfen". Das ist etwas ganz Anderes.

[13] O.-V.-G. 1. Oct. 1887 (Samml. Bd. XV S. 285): „Kraft Privatrechts verfügbar."

es giebt Besitzklagen und Zwangsvollstreckung auf Herausgabe. Das formelle Grundbuchrecht kommt gegebenen Falls voll zur Wirkung; ebenso das gewöhnliche civilrechtliche Nachbarrecht, Nothwegsanspruch u. s. w.

Dafür fallen die formellen Beschränkungen weg, welche den Eigenthümer eines öffentlichen Weges in der Verfügung über seine Sache hemmen würden. Aufhebung oder Verlegung eines solchen pflegen ein besonderes Verfahren vorauszusetzen, in welchem etwaige Widersprüche von Interessenten zur Geltung gebracht werden können. Das gilt hier nicht[14]. Die Aenderung des Zufuhrweges kann dem Bahninteresse widerstreiten; ob das der Fall ist, wird bei der Staatsbahn die oberste Eisenbahnbehörde selbst entscheiden. Bei der Privatbahn wird die Aufsichtsbehörde darüber zu wachen haben, dass in dieser Beziehung die konzessionsmässigen Verpflichtungen erfüllt bleiben. Das sind einseitige Gesichtspunkte des Bahnbetriebes, und ein besonderes öffentliches Verfahren besteht nicht dafür.

Das Rechtsinstitut der Verleihung, mit welchem der Herr der öffentlichen Sache besondere Nutzungsrechte daran einräumen kann, kommt nicht zur Anwendung. Daraus folgt, dass, wenn die Formen des Bürgerlichen Gesetzbuchs nicht eingehalten sind, von welchen die öffentlich-rechtliche Verleihung befreit wäre, ein solches Recht hier überhaupt nicht giltig zur Entstehung kommt.

Ein Gemeingebrauch besteht an dem Zufuhrwege nicht. Wenn der Eigenthümer im Interesse seines Bahnbetriebes thatsächlich Jedermann die Benützung des Weges gestattet, so ist das etwas Anderes als eine Anwendung jenes öffentlich-rechtlichen Institutes. Der echte Gemeingebrauch ist ein selbstverständlicher

[14] Die Bahnverwaltung wird z. B. ohne das für Aenderung öffentlicher Strassen nöthige Verfahren ihren Theil des Bahnhofsvorplatzes überbauen können. Daran erkennt man dann auf einmal die juristische Scheidelinie, die durch diesen Platz zieht; es ist nicht bloss die Eigenthumsgrenze; denn der Theil, welcher der Gemeinde als öffentliche Strasse gehört, könnte auch mit deren Einwilligung nicht ohne Weiteres überbaut werden.

Ausfluss der Freiheit des Einzelnen. Um ihn zu beschränken und an Bedingungen zu knüpfen, bedarf es einer gesetzlichen Grundlage. Beim Zufuhrweg aber würde z. B. die Gestattung des Betretens jeder Zeit ohne Weiteres, durch eine Art Ausdehnung der Bahnsteigsperre, vom Besitze einer Fahrkarte abhängig gemacht werden können[15]. Thatsächlich wird sich in Bezug auf die Benützung zur Fortbewegung schon wegen des übereinstimmenden eigenen Interesses der Bahn ein Unterschied zwischen dem Zufuhrweg und dem in Gemeingebrauch stehenden öffentlichen Weg nicht bemerkbar machen. Der Gemeingebrauch enthält aber noch andere Dinge, welche durch das Interesse der Bahn hier nicht gedeckt sind, und daran zeigt sich deutlich, dass es sich nicht um ihn handelt. Ein wichtiges Stück des Gemeingebrauchs an der öffentlichen Strasse besteht darin, dass es Jedermann unverwehrt ist, von der Strasse ab den Zugang zu nehmen zu angrenzenden Grundstücken, von dorther den Ausgang darauf zu richten, Fenster und Thüren in den längs der Grenze errichteten Gebäuden anzubringen, den Wasserablauf dorthin zu lenken u. s. w. Alles das gilt nicht für den Zufuhrweg. Die Bahnverwaltung kann ihn abschliessen gegen die angrenzenden Grundstücke, die Einrichtung von Fenstern, von überragenden Gebäudetheilen verwehren, ganz nach dem Rechte des gewöhnlichen Privateigenthümers gegenüber seinem Nachbar. Lässt sie die angrenzenden Grundstücke bebauen, wie an einer öffent-

[15] FÉRAUD GIRAUD l. c. n. 139: „cette tolérance peut cesser et la Compagnie, avec l'autorisation de l'administration, peut déplacer sa grille, si elle l'a rapprochée primitivement de la station et comprendre l'avenue dans la cour de la gare.“ Das gilt nach französischem Recht, wo der Zufuhrweg zum domaine public gerechnet wird, um wie viel mehr nach deutschem, wo er Privatweg ist. — v. ROENNE, Wegepolizei und Wegerecht S. 111, bringt ein Ministerialreskript vom 17. Aug. 1843, wonach die Gesellschaft „ihr Privateigenthum an diesen Plätzen nur insoweit geltend machen kann, als dasselbe mit jenem Zwecke (dem Publikum zu dienen) nicht in Widerspruch tritt.“ Bei der Staatseisenbahn entscheidet die oberste Eisenbahnbehörde selbst, was demnach möglich ist.

lichen Strasse, so ist das eine besondere Gestattung, die nach civilrechtlichen Grundsätzen zu beurtheilen ist[16]. Die Rechtslage kann deshalb für die anbauenden Eigenthümer sehr bedenklich werden. Doch hilft hier einerseits die thatsächliche Rücksichtnahme der Eisenbahnverwaltung, andererseits die Möglichkeit, dass der Zufuhrweg von der Gemeinde in der oben angegebenen Weise jeder Zeit übernommen werden kann. Dann ist natürlich Alles in Ordnung.

2. Eisenbahnrechtliche Ersatzwege nennen wir solche Wege, die von der Eisenbahnverwaltung geschaffen werden, nicht um dem Betriebe ihres Unternehmens zu dienen, sondern als Ersatz für anders bestimmte Wege, die sie bei Herstellung ihres Baues in Anspruch genommen hat. Das geschieht ja unter sehr verschiedenen Bedingungen, je nachdem es sich um einen Privatweg oder um einen öffentlichen Weg handelt, der in Anspruch zu nehmen ist. Der hergestellte Ersatzweg ist immer zunächst in Besitz und Eigenthum der Eisenbahnverwaltung und bestimmt, von dem Ersatzberechtigten übernommen zu werden[17]. Im Weiteren sind die beiden Fälle aber dann sehr verschieden zu behandeln.

---

[16] O.-V.-G. 2. Mai 1898 (Eisenb.-Arch. 1899 S. 163): Der Zufuhrweg ist Privatweg, der Bahnaufsichtsbehörde unterstellt; er kann gegenüber den angrenzenden Privatgrundstücken durch einen festen Zaun abgesperrt werden. Wird er öffentlicher Weg im Sinne des gemeinen Wegerechts, so ist die Wegepolizeibehörde befugt, solche Absperrungen zu beseitigen. — Das französische Recht behandelt ja, wie gesagt, den Zufuhrweg als domaine public, aber als domaine public wie die voie ferrée, deren Zubehör dem Gemeingebrauch nicht geöffnet ist. Gegenüber den Angränzern gilt dasselbe Recht wie beim Schienenweg: Bauwerke dürfen auf den angrenzenden Grundstücken nur in gewisser Entfernung errichtet werden, dürfen keine Fenster und keine Ausgänge dahin haben. Abweichungen gelten als simple tolérance; Féraud Giraud l. c. n. 138, n. 155. Der Zufuhrweg wird wie die Bahn selbst zur grande voirie gerechnet, soll aber doch keine „véritable voie publique" sein. Das französische System ist also im Erfolg noch viel strenger als das deutsche; weitgehende „tolérance" hilft aus.

[17] Soweit er nicht die Bahnlinie kreuzt; von diesem Fall wird nachher die Rede sein.

Handelte es sich darum, nur einen Privatweg zu gewähren, so wird von der Eisenbahn den Berechtigten die Uebereignung desselben in Formen des Civilrechts anzubieten sein, und wenn das angenommen wird, ist Alles fertig. Wird die Annahme verweigert, so giebt es keinen Zwang dazu. Die Eisenbahn bleibt Eigenthümerin mit der Verpflichtung, den Weg für die Berechtigten offen zu halten und nur für diese. Eine Unterhaltungspflicht wird ihr mangels besonderer Bestimmungen nicht obliegen.

Ist ein öffentlicher Weg in Frage als Ersatz für einen unterdrückten Weg dieser Art, so ist in gleicher Weise der Ersatzberechtigte zur Uebernahme aufzufordern. Die Uebertragung des Eigenthums an Grund und Boden erfolgt wieder in Formen des Civilrechts. Sie kann möglicher Weise abhängig gemacht werden von der Abtretung der verfügbar gewordenen Stücke des alten Weges. Im Streitfalle wird die Behörde, welche die Wegeveränderung anzuordnen hat, darüber entscheiden. Die Uebernahme des Ersatzweges kann hier erzwungen werden, insofern die Gesetzgebung der Aufsichtsbehörde das Recht giebt, die ordentliche Wegeverwaltung dazu anzuhalten, dass sie sich mit solchen Wegen belastet[18]. Wenn es aus irgend einem Grunde zur Uebernahme nicht kommt, wird die Eisenbahn den Weg einstweilen weiter zu verwalten haben. Es ist dann ein ihr gehöriger Privatweg, aber ein Privatweg ganz besonderer Art[19].

---

[18] Ein solcher Zwang ist auch nach französischem Recht hier immer statthaft in dem Hauptfalle, wo die Herstellung des Ersatzweges auf einer Anordnung der den Eisenbahnbauplan genehmigenden Behörde beruht. Das Gleiche gilt, wenn ohne solche Anordnung die Eisenbahn durch eine Vereinbarung mit der Gemeinde nachträglich z. B. die Herstellung eines Parallelweges übernommen hat (Féraud-Giraud l. c. n. 118). Hat die Bahn einen solchen Weg einseitig angelegt, so giebt es nach französischem Recht keinen Zwang zur Uebernahme. Nach deutschem Rechte wäre ein solcher auch hier zulässig. Vgl. oben Note 8.

[19] Darüber, dass auch hier der von der Eisenbahn hergestellte Ersatzweg, so lange er nicht übernommen ist, ein ihr gehöriger Privatweg ist,

Maassregeln der allgemeinen Sicherheitspolizei finden selbstverständlich darauf Anwendung so gut wie auf die vorhin behandelten Zufuhrwege[20]. Darüber hinaus ist die Eisenbahn verpflichtet, den Weg in gutem Stand zu erhalten, wie ein Wegebaupflichtiger. Diese Pflicht ist nicht von der ordentlichen Wegeaufsichtsbehörde zu erzwingen, und ebenso wenig hat der Ersatzberechtigte einen civilrechtlichen Anspruch auf ihre Erfüllung. Es ist lediglich Sache der Behörde, welche den Eisenbahnbauplan genehmigt und die Wegeveränderung angeordnet hat, für die Durchführung ihrer Anordnung zu sorgen. Dazu gehört auch die Instandhaltung des Weges bis zur förmlichen Uebernahme von Seiten des ordentlichen Wegebaupflichtigen. Die Eisenbahnverwaltung ist aber auch verpflichtet, diesen Ersatzweg dem Verkehr offen zu halten. Und zwar nicht bloss, wie bei dem zu ersetzenden Privatweg, dem Verkehr der ersatzberechtigten Eigenthümer, denen der alte Weg den Zugang zu ihren Grundstücken vermittelte; auch nicht bloss in der Weise des Zufuhrweges zum Stationsgebäude, der zwar einem allgemeineren Verkehre dient, aber doch nur nach Maassgabe des eigenen Interesses der Bahn, also eigentlich auch nur für diesen beschränkten Zweck. Der zu verstattende Verkehr ist vielmehr hier ein unbedingter und unbeschränkbarer: um die öffentliche Strasse zu ersetzen, muss der Gemeingebrauch zum Maassstab genommen werden. Aber doch bloss für den eigentlichen Verkehr gilt

---

vgl. O.-V.-G. 13. März 1899 (Eisenb.-Arch. 1899 S. 863): Die Staatseisenbahnverwaltung hatte sich durch Vertrag mit mehreren Landgemeinden verpflichtet, „im Interesse des öffentlichen Verkehrs" eine Fussgängerbrücke über den Fluss herrichten zu lassen; nachher haben die Gemeinden die Brücke nicht übernommen; sie ist daher „zur Zeit Privatbrücke des Eisenbahnfiskus."

[20] So erkennt auch in dem oben erwähnten Fall das Oberverwaltungsgericht eine Zuständigkeit der ordentlichen Polizeibehörde bezüglich der streitigen Brücke nur an behufs Abwehr von Gefahren gemäss Allg. L.-R. Th. II T. 17 § 10

dieses Vorbild; was der Gemeingebrauch den angrenzenden Grundstücken gewährt, um ihre Bebauungsfähigkeit zu sichern und zu erleichtern, wird von diesen Ersatzstrassen nicht zu verlangen sein. Die Eisenbahnverwaltung genügt ihrer Pflicht, indem sie den gestörten Verkehr wieder ermöglicht; käme es darauf an, auch eine Bebauungsfähigkeit von Grundstücken zu ersetzen, so wären das die an der alten Strasse gelegenen, welchen mit der neuen ohnehin nicht gedient wäre. Von selbst aber ist der Ersatzweg privatrechtlicher Natur und deshalb den einzelnen Bestimmungen des Gemeingebrauchs nicht unterworfen. Die Eisenbahnverwaltung könnte ihre Rechte als Eigenthümerin geltend machen, um eine Benützung von Seiten der Angrenzer zum Anbringen von Ausgängen, Fenstern, Vorsprüngen u. dgl. abzuwehren. Auch eine seitliche Einfriedigung des Weges wäre zulässig.

II. Wenn ein Schienenweg der Eisenbahn und ein gemeiner öffentlicher Weg sich auf dem nämlichen Stück Erdoberfläche begegnen, also eine Kreuzung beider stattfindet, so entsteht das, was wir eine eisenbahnrechtliche Wegegemeinschaft nennen. Die Rechtsfragen, die sich daran knüpfen, gehen vor Allem darauf, den Antheil eines jeden der betheiligten Wege an dieser Gemeinschaft zu bestimmen oder, was gleichbedeutend ist: das Herrschaftsgebiet der beiderseitigen Polizei.

Die Kreuzung kann eine unmittelbare sein, so dass der eine Weg in gleicher Höhe über den anderen führt (Uebergänge). Sie kann aber auch durch Kunstbauten der Art gestaltet sein, dass der eine Weg mit seinem Verkehr unter dem Bereiche des anderen bleibt, beide sich also in der senkrechten Linie ausweichen (Unterführung und Ueberführung).

1. Der einfachste Fall ist der des Planübergangs, passage à niveau[21]. Der gemeine Weg führt quer über das Geleise der

[21] Nicht hierher gehört der Fall, wo zu Gunsten eines Privatweges der Uebergang über den Bahnkörper gestattet wird. Die Uebergangsstelle pflegt durch eine Lücke in der Umhegung und durch ein Drehkreuz bezeichnet zu

Bahn. Ordentlicher Weise wird er der ältere sein. Bei Genehmigung des Eisenbahnprojektes ist die Ueberschienung angeordnet worden. Das Eigenthum am Grund und Boden hat damit nicht von selbst gewechselt. Aber ein öffentlich-rechtlicher Besitzstand der Eisenbahn gründet sich darauf. Der ihrem Schienenwege dienende Theil der Strasse ist in erster Linie ihr Schienenweg. Die Polizei der Eisenbahn ist die strengere und die stärkere, ihr Besitz überwiegt. Die kreuzende Strasse muss sich an dieser Stelle im Interesse des Eisenbahnverkehrs zeitweise ganz ausser Dienst stellen lassen: die Schranken, welche zu beiden Seiten des Uebergangs quer über die Strasse zu ziehen sind, bilden die erforderliche Vorrichtung dazu. Was zwischen diesen Schranken liegt, bildet den Herrschaftsbereich der Eisenbahnpolizei[22]. Die gemeine Wegepolizei ist davon nicht schlechthin ausgeschlossen. Sie kann sich daneben noch geltend machen, namentlich zur Ordnung des Strassenverkehrs, soweit die stärkere Eisenbahnpolizei ihr Raum dafür lässt[23]. Das von den Schranken eingeschlossene Stück bleibt überhaupt öffentlicher Weg[24] und als solcher öffentliches Eigenthum des Rechtssubjektes, dem es von Haus aus gehörte. Der Eisenbahn steht auch nicht etwa eine civilrechtliche Dienstbarkeit zu; dafür fehlen hier schon die

---

sein. Das ist eine blosse Erlaubniss, jeder Zeit frei widerrufbar. Vgl. Deutsch. Verw.-R. Bd. II S. 139.

[22] O.-V.-G. 24. Mai 1897 (Eisenb.-Arch. 1897 S. 1015).

[23] O.-V.-G. 3. Febr. 1897 (Samml. S. 198): Die gewöhnliche Wegepolizeibehörde wahrt ihren Weg auch gegenüber der Eisenbahnverwaltung, sofern dieser über Bahngebiet führt. Nur soweit eisenbahnpolizeiliche Interessen kollidiren, hindert die Eisenbahnpolizei die Vollstreckung. O.-V.-G. 6. März 1878 (Samml. Bd. III S. 191): Die Wegepolizeibehörde kann nicht anordnen, dass das Rangiren der Güterzüge zur Vermeidung von Störungen des Wegeverkehrs auf solchen Uebergängen beschränkt wird.

[24] In allen Beziehungen. Reichsgericht 14. Nov. 1896 (Eger, Entsch. Bd. XII S. 334) folgert insbesondere aus der Gestattung des Niveauübergangs „die Pflicht der Eisenbahn, auch die Legung von Gas- und Wasserröhren zu Strassenzwecken zu dulden“.

Formen der Begründung. Wird die Bahnlinie von der Stelle verlegt oder sonst aufgehoben, so würde das für eine wirklich begründete civilrechtliche Dienstbarkeit kein Grund des Unterganges sein. Hier aber verschwindet damit Alles; es bleibt kein Recht der Eisenbahn an diesem Boden übrig. Was ihr zustand, war ein auf der Projektgenehmigung beruhendes Recht zu besitzen öffentlich-rechtlicher Art; mit der Aenderung des Projekts und ihrer Durchführung geht dieser Besitz und sein Recht von selbst zu Grunde[25].

Insofern eine derartige Aenderung nicht vorauszusehen ist und das gemeinsame Stück Boden so ganz vorzugsweise der Eisenbahn dient, mag es angemessen erscheinen, dass diese Eigenthümerin davon werde. Man wird vielleicht geneigt sein, bei der Gemeinde, dem Kreis u. s. w. die Abtretung zu erwirken gegen eine angemessene Entschädigung. Das ist Abtretung eines öffentlichen Weges. Aehnlich kann es ja auch vorkommen, wenn eine neuangelegte Chaussee einen Gemeindeweg kreuzt. Die Form dafür giebt nicht der civilrechtliche Kauf, sondern die administrative Vereinbarung zwischen den beiden Rechtssubjekten öffentlicher Verwaltung[26]. Das Ergebniss wird dann sein: öffentliches Eigenthum der Eisenbahnverwaltung, belastet gemäss dem genehmigten Bahnprojekt mit dem beschränkten Mitbesitz des Wegeberechtigten, der seinerseits seinen Weg nur mehr auf dem Titel eines öffentlich-rechtlichen Besitzes behält. Wird dann später die Eisenbahn verlegt oder schlechthin aufgehoben, so bleibt der Eisenbahnverwaltung dieses Stück als civilrechtliches Eigenthum, das sie gegenüber dem fortbestehenden Wege nicht herausverlangen kann; sie wäre aber befugt, von dem Wegeberechtigten

---

[25] Féraud-Giraud l. c. n. 187: „la voirie vicinale conserve un simple droit de passage“ . . . „elle reprendrait la pleine propriété, la libre possession, si cette affectation cessait“.

[26] Ueber die rechtliche Natur solcher Vereinbarungen vgl. Deutsches Verw.-R. Bd. II S. 430 ff.

den Ersatz des Werthes zu beanspruchen gegen Abtretung des Bodens durch civilrechtlichen Vertrag.

Nach dem Muster des letzten Falles wird sich die Sache auch gestalten, wenn der Planübergang bei Schaffung eines Ersatzweges hergestellt worden ist. Dann wird die Eisenbahnverwaltung nur die ausserhalb der Schranken liegenden Theile zu Eigenthum abtreten, das Stück zwischen den Schranken sich vorbehalten, belastet mit der öffentlich-rechtlichen Pflicht, den Uebergang zu dulden[27].

---

[27] Bayr. V.-G.-H 12. Febr. 1884 (Samml. Bd. V S. 127) behandelt den Fall, wo für einen Gemeindeweg eine Ueberfahrt über den Schienenweg eingerichtet ist als Einräumung einer „servitutweisen öffentlichen Benutzung der neuen Wegeanlagen", welche dem Aerar eigenthümlich verbleiben, und spricht von einer „rein privatrechtlichen Natur der Servitut". Privatrechtlich ist das ganze Verhältniss gar nicht zu verstehen. Man muss sich klar machen, dass der Schwerpunkt hier überall in öffentlich-rechtlichen Ordnungen liegt. Von diesen ist auszugehen. Richtig Gleim, Eisenbahnbaurecht S. 250: „Die Rechte, welche der Bahnunternehmer durch die in der Feststellung des Bauplanes liegende Gestattung (den Weg zu überschienen) erwirbt, sind lediglich öffentlich-rechtlicher, polizeilicher Natur." Von der gleichen Natur sind selbstverständlich auch die Gegenrechte des verdrängten Wegeherrn. Für diese Rechte ist das grössere oder kleinere Maass der Zugehörigkeit des Grund und Bodens, das praktisch wichtig nur für den Fall des Aufhörens der öffentlich-rechtlichen Ordnungen wird, grundsätzlich gleichgültig. Dass der Grund und Boden dem, der nach jenen öffentlichen Ordnungen ihn vorzugsweise besitzt, auch zu vollem Rechte in allen Beziehungen angehöre, ist lediglich eine Forderung der juristischen Aesthetik und Eleganz, wenn wir so sagen sollen; die öffentlich-rechtliche Ordnung kann auch ohne das in Kraft bestehen und dem Zwecke genügen. Das muss man festhalten. Im Uebrigen ist das Bestreben der Bahnverwaltungen, Eigenthümer der Kreuzungsflächen zu werden, aus dem angegebenen Gesichtspunkte nur zu billigen. In diesem Sinn möchte ich Stellung nehmen zu dem Satze Schelcher's in seinem Aufsatze in Eger, Entsch. Bd. XIII S. 263 ff. Er meint (S. 264): das Recht der Eisenbahnunternehmung, Geleise in den Wegekörper zu legen, darf wegen des dauernden Zweckes „nicht bloss als polizeiliches, unter Umständen widerrufliches Benutzungsrecht ertheilt, sondern es muss ein auf dauernde Benutzung gerichtetes Privatrecht des Unternehmers an der Kreuzungsfläche begründet werden". Er fordert desshalb Eigenthum oder Grunddienstbarkeit. Die sächsische Staatsbahn hält nach

An der Rechtsordnung des Planüberganges kommt also die überwiegende Bedeutung der Eisenbahn gegenüber dem gemeinen Wege zum Ausdruck. Allein ohne dass das äusserliche Bild sich wesentlich unterscheidet, kann dieses Verhältniss auch in umgekehrtem Sinn gestaltet sein. Wir haben bisher vorausgesetzt, dass es die eigentliche Verkehrslinie der Eisenbahn sei, mit welcher der gemeine Weg kreuzt. Wenn ein Geleise von nebensächlicher Bedeutung in Frage ist, wird die Sache anders zu beurtheilen sein. Wir sprechen nicht von einem Anschlussgeleise, das etwa für eine Fabrik oder ein Bergwerk eingerichtet worden ist, eben so wenig von dem gleichstehenden Fall, wo ein solches Geleise dem Eisenbahnunternehmen selbst die Verbindung mit seiner Kiesgrube, seiner vom geschlossenen Bahnhof getrennt liegenden Maschinenwerkstätte oder Materialienlagerstelle vermittelt. Solche Geleise sind Privatwege (vgl. o. S. 83). Sofern sie einen öffentlichen Weg kreuzen, liegen die Schienen auf diesem kraft besonderer Einräumung (Verleihung, Konzession). Der gemeine öffentliche Weg mit seinem Recht beherrscht das ganze Verhältniss. Der Fall, den wir im Auge haben, ist der, wo das Geleise immer noch dem öffentlichen Verkehr der Eisenbahn dient, also selbst zum öffentlichen Weg gehört, nur dass es eben wesentlich nur für die Vorbereitung, Entlastung, Erleichterung jenes Verkehrs benützt wird, also von untergeordneter Bedeutung ist. Man könnte etwa an ein Rangirgeleise denken, das ein Stück weit aus dem Bahnhof heraustritt und dabei einen öffentlichen Weg schneidet; aber das wird thatsächlich immer mit dem Hauptgeleise zusammen geschehen, so dass beide eine Strecke weit neben

---

ihm daran, das Eigenthum an solchen Flächen zu erwerben. Andere Staats-bahnverwaltungen verfahren meines Wissens ebenso. Das ist gute Ordnung. Aber ängstlich dürfte man in dieser Beziehung nicht sein; es ginge auch ohne das. Mit der „Widerruflichkeit“ hat es gute Wege. Die einzige Gefahr, dass ein Gericht nach Vorbild des Oberlandesgerichts Colmar ein rei vindicatio zu liesse, wird mit zunehmender Kenntniss des öffentlichen Rechts von selbst verschwinden.

einander herlaufen und im Betrieb, wie in ihrer rechtlichen Bedeutung nicht wohl zu trennen sind. Den Hauptfall werden daher die blossen Verbindungsgeleise bilden. Vom Kanal- oder Stromhafen her führt z. B. ein Geleise zum Güterbahnhof, um die aus den Schiffen beladenen Waggons von Zeit zu Zeit darauf herzubringen und durch leere zu ersetzen. Oder zwei Bahnhöfe der Stadt sind durch die Hauptlinie in weitem Bogen verbunden, ausserdem führt aber noch ein kurzes Geleise quer über verkehrsreiche Strassen direkt von dem einen zum anderen und gestattet einen gewissen Wagenaustausch[28]. An den Stellen, wo ein derartiges Geleise eine Strasse kreuzt, entsteht etwas Aehnliches wie ein Planübergang. Aber die Ordnung des Verhältnisses der beiden Wege ist die umgekehrte wie dort. Die gemeinsame Bodenfläche ist in erster Linie gemeiner öffentlicher Weg. Der Herr der Strasse sorgt für die Instandhaltung, die gemeine Wegepolizei ist maassgebend für Schutz und Ordnung; die Eisenbahnpolizei spielt nur herein mit ihren besonderen Vorschriften für die Fortbewegung auf dem Geleise selbst. Und während beim Planübergang Alles nur darauf gerichtet ist, den ungestörten Betrieb der Bahn zu sichern, der kreuzende Strassenverkehr sich zu dessen Gunsten rücksichtslos von Zeit zu Zeit absperren lassen muss, bewegen sich hier die Züge vorsichtig

---

[28] Ober-Tribunal 19. Juni 1874 (Striethorst 72 S. 273 ff.) behandelt einen Vertrag, durch welchen die Stadt Magdeburg die Genehmigung zur Herstellung eines Schienenweges vom Jakobsförder bis zum Geleise der Magdeburg-Leipziger Eisenbahn ertheilte „unter Vorbehalt des Eigenthums an den durchschnittenen Strassen“ und unter genauer Regelung des Betriebes (Beschränkung auf bestimmte Tagesstunden u. s. w.). Das Gericht bezeichnet dies als „ein beschränktes Nutzungsrecht“ und lässt civilgerichtliche Klage auf Einhaltung der vertragsmässigen Grenzen zu. In Wahrheit wäre die Angelegenheit wohl richtiger als eine polizeiliche behandelt worden. — Ein Verbindungsgeleise dieser Art kreuzt bei Strassburg die Kehler Strasse nach dem Rheinhafen. In Frankfurt geht ein solches den Main entlang. In Hamburg werden, wie mir berichtet wird, D-Züge auf solche Weise durch die Stadt hindurch geführt.

An der Rechtsordnung des Planüberganges kommt also die überwiegende Bedeutung der Eisenbahn gegenüber dem gemeinen Wege zum Ausdruck. Allein ohne dass das äusserliche Bild sich wesentlich unterscheidet, kann dieses Verhältniss auch in umgekehrtem Sinn gestaltet sein. Wir haben bisher vorausgesetzt, dass es die eigentliche Verkehrslinie der Eisenbahn sei, mit welcher der gemeine Weg kreuzt. Wenn ein Geleise von nebensächlicher Bedeutung in Frage ist, wird die Sache anders zu beurtheilen sein. Wir sprechen nicht von einem Anschlussgeleise, das etwa für eine Fabrik oder ein Bergwerk eingerichtet worden ist, eben so wenig von dem gleichstehenden Fall, wo ein solches Geleise dem Eisenbahnunternehmen selbst die Verbindung mit seiner Kiesgrube, seiner vom geschlossenen Bahnhof getrennt liegenden Maschinenwerkstätte oder Materialienlagerstelle vermittelt. Solche Geleise sind Privatwege (vgl. o. S. 83). Sofern sie einen öffentlichen Weg kreuzen, liegen die Schienen auf diesem kraft besonderer Einräumung (Verleihung, Konzession). Der gemeine öffentliche Weg mit seinem Recht beherrscht das ganze Verhältniss. Der Fall, den wir im Auge haben, ist der, wo das Geleise immer noch dem öffentlichen Verkehr der Eisenbahn dient, also selbst zum öffentlichen Weg gehört, nur dass es eben wesentlich nur für die Vorbereitung, Entlastung, Erleichterung jenes Verkehrs benützt wird, also von untergeordneter Bedeutung ist. Man könnte etwa an ein Rangirgeleise denken, das ein Stück weit aus dem Bahnhof heraustritt und dabei einen öffentlichen Weg schneidet; aber das wird thatsächlich immer mit dem Hauptgeleise zusammen geschehen, so dass beide eine Strecke weit neben

ihm daran, das Eigenthum an solchen Flächen zu erwerben. Andere Staatsbahnverwaltungen verfahren meines Wissens ebenso. Das ist gute Ordnung. Aber ängstlich dürfte man in dieser Beziehung nicht sein; es ginge auch ohne das. Mit der „Widerruflichkeit“ hat es gute Wege. Die einzige Gefahr, dass ein Gericht nach Vorbild des Oberlandesgerichts Colmar ein rei vindicatio zuliesse, wird mit zunehmender Kenntniss des öffentlichen Rechts von selbst verschwinden.

einander herlaufen und im Betrieb, wie in ihrer rechtlichen Bedeutung nicht wohl zu trennen sind. Den Hauptfall werden daher die blossen Verbindungsgeleise bilden. Vom Kanal- oder Stromhafen her führt z. B. ein Geleise zum Güterbahnhof, um die aus den Schiffen beladenen Waggons von Zeit zu Zeit darauf herzubringen und durch leere zu ersetzen. Oder zwei Bahnhöfe der Stadt sind durch die Hauptlinie in weitem Bogen verbunden, ausserdem führt aber noch ein kurzes Geleise quer über verkehrsreiche Strassen direkt von dem einen zum anderen und gestattet einen gewissen Wagenaustausch[28]. An den Stellen, wo ein derartiges Geleise eine Strasse kreuzt, entsteht etwas Aehnliches wie ein Planübergang. Aber die Ordnung des Verhältnisses der beiden Wege ist die umgekehrte wie dort. Die gemeinsame Bodenfläche ist in erster Linie gemeiner öffentlicher Weg. Der Herr der Strasse sorgt für die Instandhaltung, die gemeine Wegepolizei ist maassgebend für Schutz und Ordnung; die Eisenbahnpolizei spielt nur herein mit ihren besonderen Vorschriften für die Fortbewegung auf dem Geleise selbst. Und während beim Planübergang Alles nur darauf gerichtet ist, den ungestörten Betrieb der Bahn zu sichern, der kreuzende Strassenverkehr sich zu dessen Gunsten rücksichtslos von Zeit zu Zeit absperren lassen muss, bewegen sich hier die Züge vorsichtig

---

[28] Ober-Tribunal 19. Juni 1874 (Striethorst 72 S. 273ff.) behandelt einen Vertrag, durch welchen die Stadt Magdeburg die Genehmigung zur Herstellung eines Schienenweges vom Jakobsförder bis zum Geleise der Magdeburg-Leipziger Eisenbahn ertheilte „unter Vorbehalt des Eigenthums an den durchschnittenen Strassen“ und unter genauer Regelung des Betriebes (Beschränkung auf bestimmte Tagesstunden u. s. w.). Das Gericht bezeichnet das als „ein beschränktes Nutzungsrecht“ und lässt civilgerichtliche Klage auf Einhaltung der vertragsmässigen Grenzen zu. In Wahrheit wäre die Angelegenheit wohl richtiger als eine polizeiliche behandelt worden. — Ein Verbindungsgeleise dieser Art kreuzt bei Strassburg die Kehler Strasse nach dem Rheinhafen. In Frankfurt geht ein solches den Main entlang. In Hamburg werden, wie mir berichtet wird, D-Züge auf solche Weise durch die Stadt hindurch geführt.

polizei als die stärkere überwiegt, sondern grenzen an einander nach oben und unten. Sobald die Brücke und was dazu gehört und was mit ihr vorgeht, in das Gebiet der Eisenbahnpolizei hineingreift, ist diese wieder vorwiegend: Einsturzgefahr, Ausbesserungen an Pfeilern und Seitenmauern sind in erster Linie unter dem Gesichtspunkte der Eisenbahnpolizei zu behandeln[30].

Der Unterhalt des Weges und folgeweise auch des ganzen Brückenaufbaues gebührt grundsätzlich dem Wegeberechtigten. Es kann jedoch bei Anlage der Bahn dem Unternehmen unter dem Gesichtspunkte der Entschädigung für vermehrte Wegelast der Ersatz dieser Mehrkosten auferlegt sein. Dieser Ersatz kann auch geleistet werden durch Uebernahme der unmittelbaren Unterhaltung der Brücke[31]. Angemessen kann es insbesondere erscheinen, dass diejenigen Theile der Brücke, die die Bahnpolizei berühren können, von der Bahnverwaltung selbst besorgt werden. Die genauere Bestimmung ist Sache von oberbehördlichen Bestimmungen oder von Vereinbarungen zwischen Wegeberechtigten und Bahnverwaltung. Diese Vereinbarungen sind öffentlich-rechtliche Vertheilungen der beiderseitigen Aufgaben, civilrechtlichen Verträgen verwandt, aber den für diese geltenden besonderen Rechtsregeln keineswegs unterworfen (oben Note 26). Das ist hervorzuheben, weil es von praktischer Bedeutung werden kann.

Mit der Frage der Unterhaltungspflicht hängt ein anderer Rechtspunkt zusammen. Wenn die Eisenbahn die Unterhaltung der Brücke selbst zu besorgen sich vorbehält, so bedeutet das im Zweifel auch den Vorbehalt des Eigenthums am ganzen Bauwerke, unbeschadet jenes öffentlichen Besitzrechtes des Wegeherrn. Uebernimmt der Letztere den Unterhalt, so wird ihm

---

[30] O.-V.-G. 31. Jan. 1893 (Samml. Bd. XXIV S. 222): Umbau einer Wegebrücke über die Bahn, von der Wegepolizeibehörde angeordnet, kann nicht einseitig, d. h. nicht ohne Mitwirkung und Zustimmung der zuständigen Eisenbahnpolizeibehörde vorgenommen werden.

[31] O.-V.-G. 31. Jan. 1893 (Samml. Bd. XXIV S. 222).

auch das Eigenthum am Bauwerk übertragen sein sollen. Ob so oder so, das giebt während des Bestandes der Einrichtung keinen merklichen Unterschied. Wir haben aber zur Beleuchtung des ganzen Verhältnisses auch den Fall in's Auge zu fassen, wo eine Aenderung vor sich geht durch Aufhebung der Bahn, die unten liegt, oder des Weges, der darüber hinwegführt.

Wird die Bahn aufgehoben (Verlegung der Strecke wird der einfachste Fall sein), so wird der Bahnkörper privatrechtliches Eigenthum, nach wie vor belastet mit der öffentlich-rechtlichen Beschränkung, den Weg, der es überbrückt, zu dulden. War das Brückenbauwerk von dem Wegeberechtigten übernommen und folglich ein Stück des öffentlichen Wegeeigenthums geworden, so besteht die Last in der Duldung dieses Bauwerkes. War die Bahn Eigenthümerin und Unterhaltungspflichtige geblieben, so trifft jene Last ihren Grund und Boden und ihr darüber sich erhebendes Bauwerk; das Eisenbahnunternehmen als solches behält zugleich die öffentlich-rechtliche Verpflichtung, für den Unterhalt zu sorgen.

Wird umgekehrt der Weg aufgehoben, sei es, dass er einfach verlegt wird, sei es, dass er gänzlich eingeht, so verschwindet damit die rechtliche Belastung der Bahn. Es bleibt nicht etwa eine civilrechtliche Grunddienstbarkeit übrig. Die öffentlich-rechtliche Beschränkung bestand nur zu Gunsten des Weges [32]. War der Wegeberechtigte Eigenthümer des Brückenbauwerkes geworden, so kann er gehalten werden, es wegzuschaffen; nöthigenfalls greift die Bahnpolizei mit Zwang ein. Das Bauwerk und das Material, in welches es durch den Abbruch zerfällt, ist civilrechtliches Eigenthum des Wegeberechtigten. Wenn dagegen die Eisenbahn Eigenthümerin geblieben war, so kann sie jetzt frei über die zwecklos gewordene Brücke verfügen.

---

[32] Es steht hiermit wie mit der auferlegten öffentlich-rechtlichen Grunddienstbarkeit (Rayonservituten u. dgl.), die auch erlischt mit dem Unternehmen, dem sie dient, ohne eine civilrechtliche Dienstbarkeit zu hinterlassen (Deutsch. Verw.-R. Bd. II S. 678).

Die Wegeüberführung, sagten wir, kann auch so geschehen, dass keine seitliche Wegeverlegung sich damit verbindet. Die neue Wegebrücke liegt dann, aus der Vogelschau betrachtet, ganz an der Stelle des alten Weges. Aber unter ihr, an der Erdoberfläche, zieht sich jetzt die Bahnlinie hin. Das Eigenthum des Wegeberechtigten an diesem Stück Erdoberfläche ist dadurch nicht aufgehoben. Es bildet aber für ihn keinen Weg mehr; durch die Anlegung des Schienengeleises ist der Weg dort unten aufgehoben und ersetzt durch die Brücke. Das Eigenthum des Wegeberechtigten ist also civilrechtlicher Natur. Das Richtige wird nun sein, dass die Bahn dieses Eigenthum erwirbt und den Wegeberechtigten dafür entschädigt. Civilrechtlicher Vertrag giebt die Form. Ist das Eigenthum auf solche Weise für die Bahn erworben, so wird sich im Uebrigen Alles so gestalten, wie in dem soeben ausführlich besprochenen Fall der Wegeüberführung mit Wegeverlegung. Wenn aber eine solche Ordnung des Verhältnisses aus dem einen oder anderen Grunde unterlassen wird, dann wird sich eine recht eigenthümliche Rechtsgestaltung ergeben. Der Wegeberechtigte ist civilrechtlicher Eigenthümer des Grund und Bodens; die Eisenbahnunternehmung hat daran auf Grund der behördlichen Genehmigung ihres Planes ein öffentlich-rechtliches Besitzrecht erworben für ihren Schienenweg mit Allem, was dazu gehört. Dieser Schienenweg ist gemäss derselben behördlichen Anordnung wieder belastet mit der Duldung der zu Gunsten der Wegeüberführung erforderlichen Einrichtungen, und der Wegeberechtigte übt daran seinen öffentlich-rechtlichen Besitz.

3. Die Eisenbahnüberführung wird verhältnissmässig häufiger ohne Wegeverlegung zu Stande kommen. In den Eisenbahndamm wird einfach da, wo der Weg die Linie quert, die Eisenbahnbrücke, der Wegedurchlass, eingefügt. Das Rechtsverhältniss gestaltet sich dann ganz entsprechend dem oben Ausgeführten folgendermaassen.

Unten besteht der alte Weg fort. Die Wegepolizei sichert seinen Bestand. Sie wird auch wirksam werden gegenüber Gefährdungen, welche dem Wege aus dem baulichen Zustande der Eisenbahnbrücke drohen könnnen, sowie zur Ordnung von Ausbesserungsarbeiten und Umbauten, soweit ihr Gebiet zugleich davon berührt wird. Die Unterhaltungspflicht am Wege selbst gebührt dem Wegeeigenthümer. Insofern sie erschwert erscheint, kann nach dem, was in Bd. XV S. 524 dargelegt worden ist, eine Entschädigungspflicht des Bahnunternehmers in Frage kommen. Der Weg ist nach wie vor öffentliches Eigenthum des Wegeberechtigten.

Dieses öffentliche Eigenthum ist aber kraft der Genehmigung des Eisenbahnbauplanes belastet mit den entsprechenden Beschränkungen. Es hat die Ueberbrückung in seinem Luftraum zu dulden und sich den Störungen zu fügen, welche Herstellungs-, Unterhaltungs- und Verbesserungsarbeiten mit sich bringen.

Das Eisenbahnunternehmen hat auf Grund eben dieser behördlichen Anordnung einen öffentlich-rechtlichen Besitz an der überbauten Stelle und öffentliches Eigenthum an dem Bauwerk nebst dem darauf liegenden Schienenweg. Seine Polizei beherrscht diese Dinge. Die Unterhaltungspflicht bezüglich ihrer liegt ihm ausschliesslich ob.

Aufhebung der Eisenbahn macht den Weg von dieser Belastung frei; es bleibt auch hier keine civilrechtliche Dienstbarkeit übrig.

Aufhebung des Weges lässt civilrechtliches Eigenthum des Wegeberechtigten zurück, belastet mit dem öffentlich-rechtlichen Besitzstande der Bahn.

Nur ein Punkt wäre hier noch besonders hervorzuheben. Bei der Wegeüberführung ohne seitliche Wegeverlegung, sagten wir vorhin, sei die richtige Ordnung der Dinge, dass der Wegeberechtigte für den Grund und Boden entschädigt wird und die Eisenbahn diesen zu Eigenthum erwirbt. Hier ist das Gegen-

theil zu sagen. Die überbrückte Erdoberfläche ist hier nicht Eisenbahn, sondern nach wie vor Weg. Es erscheint nicht angemessen, dass die Eisenbahnverwaltung das Eigenthum daran erwerbe, um dem Wegeberechtigten seinen Weg fortan als blossen öffentlich-rechtlichen Besitz zu lassen. Dieses Eigenthum würde civilrechtliches Eigenthum sein. Es diente nicht dem Bahnkörper und gehörte nicht zu ihm. Denken wir uns den Fall einer Eisenbahnbrücke, die über sumpfige Wiesen führt, die beim Bau von der Bahn erworben wurden. Die Bahn würde auch an dem Theil, der unter ihren Brückenbogen liegt, durch civilrechtliche Verträge civilrechtliche Befugnisse einräumen können. Hier ist das darunter Liegende allerdings ein Weg; aber ein Weg der Gemeinde oder Provinz würde das Grundeigenthum der Eisenbahn, das ihm dient, nicht zum öffentlichrechtlichen Eigenthum machen. Man muss sogar behaupten, dass ein Abtretungsvertrag, den der Wegeberechtigte wegen dieses Eigenthums mit der Bahn eingehen wollte, ungültig wäre. Es können wohl Wege zwischen Subjekten der öffentlichen Verwaltung übertragen werden sammt dem öffentlichen Eigenthum, das ihnen dient, aber nur damit das Uebertragene ein Weg des Erwerbers statt des Veräusserers wird. Hier soll es ein Weg des Veräusserers bleiben, von welchem nur das Eigenthum losgelöst wird. Dafür giebt es keine öffentlich-rechtliche Form, und civilrechtliche Formen sind unanwendbar nach dem Wesen des öffentlichen Eigenthums selbst. —

Der andere Fall der Eisenbahnüberführung würde dann der sein, wo zugleich eine seitliche Wegeverlegung stattfindet. Die Strasse schneidet z. B. die Bahnlinie in spitzem Winkel; aus technischen Gründen ist es richtiger, die Strasse rechtwinklig durch den Damm zu führen; zu diesem Zwecke treten also Verschiebungen ein. Oder die Strasse biegt aus, um die nöthige Tieflage zu finden. Hier wird dann die neue Strasse eingerichtet werden auf Grund und Boden, der von der Eisenbahn erworben

ist. Der guten Ordnung entspricht es, dass dieser Grund und Boden dem Wegeberechtigten zu Eigenthum abgetreten wird, ganz ebenso wie wir oben bei der Wegeüberführung ohne seitliche Verlegung verlangten, dass der Eisenbahn der bisherige Strassenboden abgetreten werde, auf dem jetzt ihr Geleise liegt[33]. Wird nicht danach verfahren, so entsteht wieder die verwickelte Rechtsgestalt: die Eisenbahn hat civilrechtliches Eigenthum am Grund und Boden, der Wegeberechtigte ist daran im öffentlich-rechtlichen Besitze für seinen Weg, und dieser wieder ist beschränkt, öffentlich-rechtlicher Weise, zu Gunsten des Besitzes der Eisenbahnverwaltung am Ueberführungsbauwerke mit seinem Schienenweg.

III. Wir haben im Bisherigen eine Reihe von Einzelerscheinungen zusammengestellt; daran sind nun noch einige Bemerkungen allgemeinerer Art zu knüpfen.

1. Es wurde in unseren Ausführungen mehrfach mit dem Begriffe „öffentlich-rechtlicher Besitz" gearbeitet; was da-

---

[33] Die Eisenbahnverwaltungen gehen darauf aus, überall wo ihre Anlagen erscheinen, das unbegrenzte Recht über das betreffende Stück Erdball zu haben; sie wollen da sein, wie das französische Sprüchwort sagt: le propriétaire du ciel et de l'enfer. Das ist die Denkweise des privatrechtlichen Grundherrn. Die öffentlich-rechtlichen Einrichtungen stehen fest genug auf ihren eigenartigen Besitzständen. Das eisenbahnrechtliche Wegeveränderungsrecht kümmert sich, wie wir gesehen haben, um die Ordnung der Eigenthumszuständigkeit gar nicht. Die Reichseisenbahnen führten einmal einen lebhaften Kampf mit dem Bezirkspräsidenten des Oberelsass um die Frage, ob sie das Eigenthum an einer unterführten Strasse auf der Linie Mühlhausen-Basel abtreten sollten. Nach dem Obigen war der Bezirkspräsident im Recht. Aber wir meinen das nicht in dem Sinn, dass ein formeller Rechtsanspruch auf die Abtretung bestanden hätte. Die öffentlichrechtlichen Ordnungen, die hier maassgebend sind, verhalten sich, wie gesagt, gleichgültig gegen diese Frage. Man kann nur sagen: es ist richtiger, schicklicher, dass die Sache so eingerichtet werde, dass der Wegeherr auch Eigenthümer ist. Zwischen Verwaltungen ist das aber eine ausreichende Norm für das, was sie thun sollen; zwischen Privaten giebt es nur erzwingbare Rechtspflichten und lediglich moralische Pflichten; das hier ist ein Mittelding. In der allgemeinen Rechtslehre wäre wohl auch einmal daran zu denken. Wir wollen hier noch darauf zurückkommen.

mit gemeint ist, wird an den betreffenden Stellen wohl ausreichend verständlich geworden sein. Die wissenschaftliche Genauigkeit fordert aber doch eine schärfere Bestimmung. Das öffentliche Recht leidet noch an einer ungenügend ausgebildeten Terminologie. So haben wir auch hier wieder eine Entlehnung aus dem Privatrecht machen müssen, wie das ja namentlich im Gebiet des öffentlichen Sachenrechts so häufig geschieht. Der entlehnte Terminus kann aber für das hier zu Bezeichnende immer nur so dienen, dass man ihn entsprechend anders versteht, als er ursprünglich gemeint ist.

Unter öffentlich-rechtlichem Besitz verstehen wir den Besitz an einer öffentlichen Sache. Dieser kann wieder in sehr verschiedener Gestalt sich darstellen:

Der Herr der öffentlichen Sache wahrt sich in deren Besitz öffentlich-rechtlicher Weise durch seine Polizei, ob er zugleich Eigenthümer ist oder nicht; letzteren Falls erscheint der Besitz in selbständiger Kraft und Bedeutung, unangreifbar für civilrechtliche Ansprüche, auch dem civilrechtlichen Eigenthum nicht weichend, also ganz anders als der civilrechtliche Besitz, weit wirksamer als dieser. Wenn man die Eigenart dieses öffentlich-rechtlichen Besitzes wiedergeben will, so wäre vielleicht der Ausdruck: Polizeibesitz nicht ungeeignet. Er ist, wie wir gesehen haben, schon dafür gebraucht worden[34]. Es handelt sich natürlich nur um Vorschläge.

Dem Einzelnen kann an öffentlichen Sachen, ob sie dem Gemeingebrauch unterliegen oder nicht, ein besonderer Besitz eingeräumt sein, in Form einer blossen polizeilichen Erlaubniss oder in Form der Begründung eines Rechtes zu besitzen, durch Konzession, Verleihung eines besonderen Nutzungsrechts. Ersteres bedeutet rechtlich eine blosse Duldung, ein Nichtverwehren; sein Werth liegt im Ausschluss der polizeilichen Verfolgbarkeit und

[34] Vgl. oben S. 47 Note 10.

Strafbarkeit. Im letzteren Fall dagegen entsteht ein öffentlichrechtlicher Anspruch auf den Besitz; der Besitz selbst hält sich durch diesen Anspruch und geniesst gegen Eingriffe dritter mittelbar den Schutz der Polizei der öffentlichen Sache, an der er besteht. Hier können wir von einem öffentlich-rechtlichen Besitz sprechen. Aber er ist offenbar ganz anders wie der ersterwähnte. Nicht die Thatsache der Erscheinung der öffentlichen Gewalt in der Zweckerfüllung der Sache macht seine Kraft aus, sondern der Rechtstitel, der ihn begründet hat. Das Vorbild ist das jus in re aliena und der Besitz ist nur die Ausübung dieses Rechts. Diese Art von öffentlich-rechtlichem Besitz können wir daher bezeichnen als die Ausübung eines besonderen Nutzungsrechts an einer öffentlichen Sache[35].

In den Fällen, welche wir soeben unter II (S. 218 ff.) beobachtet haben, tritt uns nun eine dritte eigengeartete Form von öffentlich-rechtlichem Besitz entgegen. Wenn Eisenbahn und gemeiner Weg sich kreuzen, in Planübergang oder mittelst Ueberbrückung, ist immer die eine Art von Weg die Hauptsache; der andere besteht neben ihm als Zuthat. Dieser zweite, der kreuzende Weg hat seinerseits alle Eigenschaften der öffentlichen Sache, insbesondere auch den polizeilichen Selbstschutz einer solchen, der ja nach der Art der Kreuzung mehr oder weniger selbständig neben der Polizei des anderen Weges zur Geltung kommt. Mit dem Polizeibesitz allein könnte er aber diesem gegenüber das räumliche Zusammenbestehen auf derselben Stelle nicht durchsetzen noch behaupten. Die gleichwerthige Polizei der Hauptsache würde den Eingriff abwehren. Es bedarf eines besonderen Rechtstitels, der diese Ordnung zwischen den zwei betheiligten Rechtssubjekten öffentlicher Verwaltung und ihren Wegeanstalten schafft: Vereinbarung oder Anordnung der zuständigen Oberbehörde. Das dadurch begründete beschränkte

[35] Deutsch. Verw.-R. Bd. II S. 153.

Mitbesitzrecht wird dann zu Gunsten des kreuzenden Weges in Form des Polizeibesitzes ausgeübt. Der öffentlich-rechtliche Besitz, der hier entsteht, setzt sich also aus Elementen der beiden erstgenannten Arten zusammen. Er ist Polizeibesitz zur Ausübung eines beschränkten Mitbesitzrechtes an einer öffentlichen Sache[36].

2. Wie von einem öffentlichen Sachenrecht, so sprechen wir auch von öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnissen, öffentlichrechtlichen Forderungen und Verbindlichkeiten. Wieder aber muss man sich wohl hüten, dass man nicht mit der Uebertragung dieser civilrechtlichen Ausdrücke zu viel Uebereinstimmung auch in der juristischen Gestalt und Natur der entsprechenden öffentlich-rechtlichen Erscheinungen sucht. Dafür hat unsere Darstellung der Beziehungen zwischen Eisenbahnverwaltung und Wegeverwaltung mehrfach schlagende Belege gegeben. Im Civilrecht ist das Forderungsrecht klar und scharf; fehlt es an der Bestimmtheit, so ist das Gericht dazu da, sie ihm zu geben; kann es das nicht, so besteht kein Anspruch.

---

[36] Die Grundsätze, welche wir für dieses Rechtsinstitut am Gemeinschaftsverhältnisse zwischen Weg und Eisenbahn entwickelten, werden auch zur Anwendung kommen bei der Ueberbrückung von Flüssen und Kanälen durch Weg oder Eisenbahn; ebenso in dem Fall, wo der Schifffahrtskanal über einen Weg in einer Brücke geführt wird. Auch das Verhältniss zwischen Festungswerken und öffentlichen Wegen kann Anwendungsfälle bieten. Das Verhältniss zwischen gemeinen Wegen verschiedener Zuständigkeit wird im Falle der Ueberführung oder Unterführung ganz nach unseren Regeln zu behandeln sein. Bei Plankreuzungen dagegen entsteht zwischen solchen kein Gemeinschaftsverhältniss; der geringere Weg geht hier an der Kreuzungsfläche ganz in dem stärkeren auf, oder der jüngere in dem älteren. Insofern richtig Obergericht Braunschweig 10. Januar 1856 (Seuffert, Arch. Bd. X Note 165): „Wenn die Eisenbahn eine Chaussee durchschneidet, so liegt darin ein von der Durchkreuzung mehrerer Chausseen völlig verschiedener rechtlicher Thatbestand.“ Wenn aber dieses Urtheil das Wesen der Verschiedenheit darin finden will, dass die Eisenbahn kein öffentlicher Weg, sondern Privateigenthum des Unternehmers sei, so ist es von der richtigen Auffassung der Sache sehr weit entfernt.

Auch im Gebiete des öffentlichen Rechts zwischen zwei Subjekten der öffentlichen Verwaltung können so gestaltete Ansprüche vorkommen. Insbesondere die verschiedenen Entschädigungsforderungen und Ausgleichungsansprüche gehören dahin, wie überhaupt in der Regel Alles, was sich unmittelbar in Geld ausdrücken lässt. Hier hilft noch die Zuständigkeit der Civilgerichte, die ja unbeschadet der öffentlich-rechtlichen Natur solcher Ansprüche gegeben zu sein pflegt. Wo es sich aber um Leistungen handelt, die mit der Erfüllung der öffentlichen Aufgabe selber zusammenhängen, wo also das eigentliche Gebiet der Verwaltungsthätigkeit in Frage ist, da können wohl auch Rechte und Pflichten bestehen, aber zum Theil fehlt diesen, wenn man sie näher betrachtet, die nöthige formale Bestimmtheit in hohem Grade.

Das Eisenbahnunternehmen, sagten wir, ist verpflichtet, Ersatz zu schaffen für die öffentlichen Wege, die es durch seinen Schienenweg zerstückt; der Wegeherr, Gemeinde, Kreis oder wer es sei, hat einen Anspruch darauf. Allein in wieweit dieser Anspruch wirklich besteht, das bestimmt die Behörde, welche den Bahnbauplan genehmigt. Ist der Eisenbahnunternehmer eine konzessionirte Aktiengesellschaft, so mag man es ja noch gelten lassen, dass diese Behörde nach billigem Ermessen zwischen ihr und den betheiligten Gemeinden jus in concreto schafft. Bei der Staatsbahn kann diese Behörde, das Ministerium, dafür angesehen werden, dass sie gleichzeitig mit den Interessen des Staates auch die der Gemeinden vertritt, deren Pflege ihr ohne dieses obliegt. Bei der Reichsbahn fällt das ganz weg; das entscheidende Reichsamt hat zu den elsässischen Gemeinden überhaupt kein Verhältniss. Hier also, möchte man sagen, ist Alles guter Wille und von einem Recht keine Rede. Und doch wäre das falsch. Wenn wir die Verwaltung auf ihren Gehalt an Rechtselementen prüfen, kann es uns nicht entgehen, dass es noch anderes Recht giebt als gesetztes und durch Richterspruch geschütztes. Jene Ersatzpflicht versteht sich von selbst, sie er-

giebt sich aus der Natur der Sache. Die Reichsbehörde, indem sie vorschreibt, dass und wie sie zu erfüllen sei, ist gebunden durch einen Naturrechtssatz. Sie hat viel freien Spielraum; aber es giebt immer die Möglichkeit, einen Punkt zu bestimmen, von dem man behaupten kann: darüber hinaus liegt die Rechtswidrigkeit.

Umgekehrt hat die Bahnverwaltung Anspruch darauf, dass die Gemeinde die fertiggestellten Ersatzwege übernehme und sie von der weiteren Sorge dafür entlaste. Das Gleiche gilt von den Eisenbahnzufuhrwegen und Bahnhofvorplätzen, sobald sie thatsächlich dem allgemeinen Verkehr dienen. Je nach der Gesetzgebung ist ein Zwang gegen die Gemeinde überhaupt nicht möglich, oder wenn er möglich ist, wird er von einer Wegepolizeibehörde oder Gemeindeaufsichtsbehörde geübt (oben S. 208). Erstere sieht vielleicht ihr Verkehrsinteresse besser gewahrt, wenn die Bahn den Weg behält, letztere bedenkt, dass die Gemeinde arm, die Bahn reich ist. Die Verwirklichung ist auf diese Weise formell nicht gesichert. Und doch ist ein Stück Rechtsordnung in Frage, das sich von selbst ergiebt aus der Natur der beiderseitigen Aufgaben; dem entspricht ein Recht der Bahn auf Ueberñahme; es geschieht ihr Unrecht, wenn die Gemeinde nicht übernimmt. Wenn gar nichts weiter vorgesehen ist zum Schutz, wirkt immer noch die naturalis obligatio kräftig genug, dass die Gemeinde sich auf die Dauer ihrer Pflicht nicht entzieht.

Die Bahn kann ihren Schienenweg auf dem Boden der bisherigen Strasse angelegt haben, umgekehrt auf ihrem Eigenthum einen Ersatzweg, einen Wegedurchlass gewährt, eine Brücke gebaut haben für die Wegeüberführung, welche die Gemeinde thatsächlich benützt. Eigenthum und Polizeibesitz sind getrennt. Die öffentliche Sache will aber öffentliches Eigenthum sein; das ist ihre natürliche Bestimmung, alles Andere ist nur Nothbehelf. Daraus ergiebt sich keinerlei Rechtspflicht im Verhältniss zwischen der öffentlichen Verwaltung und dem Privateigenthum. Aber

zwischen öffentlichen Verwaltungen wirkt diese Natur der Sache: sie sind beide berufen, sie zur Durchführung zu bringen, jede an ihrem Theil, dürfen also dem Anderen ihre Mitwirkung zur Herstellung des richtigen Zustandes nicht versagen, sondern sind verpflichtet, abzutreten oder zu erwerben. Durch Auslegung der behördlichen Anordnungen oder der getroffenen Vereinbarungen kann man vielfach eine formelle Rechtspflicht herstellen. Auch ohne das bleibt eine natürliche Rechtspflicht bestehen.

Was wir hier als naturrechtliche Forderungen aufstellen, wird thatsächlich meist zusammentreffen mit dem, was man auch als zweckmässig erkennt. Das ist ganz in Ordnung; das vernünftige Recht ist immer auch zweckmässig. Es kommt aber darauf an, dass man solche Regeln auch befolgt, ohne dass im Einzelfall die Zweckmässigkeit besonders einleuchtet; damit werden sie eben als Rechtsregeln anerkannt. Die Verwaltung wird dadurch an Sicherheit und Stetigkeit gewinnen und die Zweckmässigkeit auf keinen Fall Schaden leiden. Die Klarstellung derartiger Naturrechtsregeln durch Eindringen in das Wesen der einzelnen Verhältnisse wäre aber eine bedeutsame Aufgabe der Verwaltungsrechtswissenschaft. Vielleicht liegt darin ein grosses Stück ihrer Zukunft.

3. Das Verhältniss zwischen Eisenbahn und gemeinem Weg, dessen richtige Ordnung für unsere wirthschaftlichen Zustände von nicht geringer Bedeutung ist, wird in der bestehenden Gesetzgebung und in den daran sich schliessenden Bestimmungen wesentlich einseitig behandelt. Alles ist darauf zugeschnitten, dass die Eisenbahn das neue vordringende Element ist, und die Frage, die gelöst und geordnet werden soll, ist vor Allem die, wie die vorhandenen gemeinen Wege dem anspruchsvollen Neuling ausweichen und dafür erträglich neu eingerichtet werden sollen, ohne allzuviel von ihrer bisherigen Brauchbarkeit zu verlieren. Der zunehmende Verkehr und vor Allem das grossartige

Wachsthum unserer Städte hat aber jetzt die Frage umgekehrt und in dieser Form ist sie vielen Orten geradezu brennend geworden. Die Strasse drängt vor, die Eisenbahn ist das Hinderniss für ihren Verkehr, sei es, dass sie gar keinen Uebergang bietet, sei es, dass die vorhandenen Uebergänge und Ueberführungen gegenüber der Masse dieses Verkehrs unzureichend geworden sind. Der Ruf nach neuen und verbesserten Einrichtungen ertönt bald von da, bald von dort und wird immer lauter.

In begrenztem Maasse wird allerdings den Wegeberechtigten oder Wegepolizeibehörden ein Recht zuerkannt auf Verbesserung der gelegentlich der Eisenbahnprojektgenehmigung vorgesehenen Einrichtungen. Dieses Recht kann dann auch durch Verwaltungsklage oder durch unmittelbare Verwaltungszwangsmassregeln durchgesetzt werden[37].

---

[37] Das französische Recht kennt solche Rechtsansprüche nicht. (Féraud-Giraud l. c. n. 66, 68: es ist die Rede von „nouveaux passages que la compagnie peut consentir à établir, que des communes consentent à prendre à leur charge"). — Auch nach österreichischem Recht werden Verbesserungsforderungen der Gemeinde nicht anerkannt. V.-G.-H. 16. Nov. 1889 (Eger, Entsch. Bd. VII S. 391): die Erbreiterung eines Planübergangs wird nachträglich nothwendig; die Kosten sind zur Last der Gemeinde. V.-G.-H. 2. Dez. 1896 (Eger, Entsch Bd. XIV S. 35): ein Eisenbahndurchlass ist zu erweitern, das geschieht auf Kosten derjenigen, in deren Interesse es nothwendig wird. — Nach preussischem Recht kann die Wegepolizeibehörde insofern Verbesserungen erzwingen, als diese begriffen erscheinen in der dem Eisenbahnunternehmen bei der Projektgenehmigung auferlegten Wegebaulast. Wenn demnach die Eisenbahn für unterhaltungspflichtig erklärt worden ist bezüglich einer den Bahnkörper querenden Wegebrücke, so ist die Wegepolizeibehörde berechtigt, die erforderlich gewordene Verbreiterung von ihr zu verlangen (O.-V.-G. 31. März 1883, Samml. Bd. IX S. 38); ebenso eine Verstärkung der Brücke (O.-V.-G. 31. Jan. 1893, Samml. Bd. XXIV S. 222), beides auf Kosten der Bahn. Dagegen hat die Wegepolizeibehörde kein solches Recht, wenn der Eisenbahnunternehmung nur die Herstellung der Brücke oder sonstiger Einrichtung ohne künftige Unterhaltungspflicht auferlegt war (O.-V.-G. 14. März 1883); sie kann auch nicht die erforderlich gewordene Ersetzung eines Planübergangs durch Ueberführung oder Unter-

Aber dem Bedürfniss genügt das nicht. Die Abhülfe muss in freierer umfassenderer Weise gewährt werden, und das kann nach Lage der Sache nur durch Beschluss der obersten Eisenbahnbehörde, des Ministers, geschehen.

Solche Abhülfe wird bereitwillig geschaffen werden, wenn es sich um eine Privatbahn handelt und das Gesetz oder die Bedingungen der Konzessionsurkunde genügende Handhaben für die Aufsichtsbehörde bieten, um das Wünschenswerthe zu gebieten. Ist nichts Besonderes vorgesehen worden, so hat die Sache ihre Schwierigkeiten[38]. Wenn aber der Staat selbst oder das Reich der Eisenbahnunternehmer ist, so werden sie erklärlicher Weise nur mit einem gewissen Zögern zu einer Anordnung schreiten, die ihre Finanzen nicht unbeträchtlich belasten kann. Kleine Verbesserungen, das geht noch an. Sobald aber kostspielige Wegeunterführungen oder -Ueberführungen in Frage kommen, taucht auch der Zweifel auf: sind wir dazu eigentlich verpflichtet? Die Lösung sieht man dann gern in einer Art mageren Vergleichs: man will seinen guten Willen zeigen und den Bau herstellen, die Stadt soll aber auch ihrerseits guten Willen zeigen und einen ordentlichen Zuschuss zahlen. Und nun beginnt ein Feilschen und Ringen. Persönliche Einflüsse machen sich geltend: ein bedeutender Abgeordneter, ein hoher Beamter, nimmt Partei. Politische Rücksichten spielen herein. Vielleicht erfreut sich die Stadt auch eines Gönners an höchster Stelle. Im Allgemeinen ist sie nicht der stärkere Theil. Die Unzufriedenheit der schwer belästigten Bevölkerung drückt auf die Stadtverwaltung in erster Linie, während die Eisenbahn leichter

---

führung anordnen (O.-V.-G. 6. März 1878, Samml. Bd. III S. 191); diese also selbst dann nicht, wenn der Eisenbahn die Unterhaltungspflicht bezüglich des Planübergangs ausdrücklich auferlegt sein sollte. Ganz neue Wege über die Bahn sind selbstverständlich auf solche Weise nicht durchzusetzen.

[38] Das Lastenheft der französischen Eisenbahnen verzichtet ausdrücklich auf derlei Nachforderungen: Féraud-Giraud l. c. n. 66.

zuwarten kann. Alles in Allem: die Entscheidung ist wesentlich eine Machtfrage. Die versöhnende Kraft der gleichen Rechtsregel versagt, weil ein formales geschriebenes Recht nicht gegeben ist.

Höchst anerkennenswerth ist das Bestreben, das sich mehr und mehr geltend macht, eine solche Regel in der Natur der Sache zu finden und sich danach zu richten. Unter den Lösungsversuchen, die in dieser Hinsicht gemacht worden sind, verdient vor Allem einer besondere Beachtung, der die Last der nothwendig gewordenen Einrichtung gewissermaassen vertheilen will nach dem Maassstabe der Verursachung dieser Nothwendigkeit. Der bisherige Zustand reicht für den Verkehr nicht mehr aus — wer ist schuld daran? Der soll auch die Kosten tragen. Wenn die Eisenbahn ein weiteres Geleise braucht auf ihrer Brücke über den Weg, mag sie diese auf ihre Kosten verbreitern. Ebenso wird die Stadt dann die Wegeüberführung verbreitern müssen, wenn der gesteigerte Verkehr ihres Weges solches erfordert. Bei Planübergängen erscheint die Sache besonders einleuchtend: genügt die Einrichtung nicht mehr, weil die Zahl der Eisenbahnzüge zugenommen hat oder gar häufigere Rangirbewegungen dort vor sich gehen, dann ist es Sache der Eisenbahn, durch Wegeüberführung oder -Unterführung abzuhelfen. Ist der Eisenbahnverkehr im Wesentlichen gleich geblieben, der Strassenverkehr aber so gestiegen, dass er die Unterbrechungen nicht mehr vertragen kann, dann ist der, dem die Strasse gehört, daran schuld, dass eine Aenderung eintreten muss, und er hat die Kosten aufzubringen [39].

Damit würde allerdings eine gewisse Rechtsordnung in die Sache gebracht werden. Aber ob es die richtige ist, d. h. die in der Natur des Verhältnisses liegende? Gerade in dem Falle des Planüberganges würde sie meist zu keinem ganz klaren Er-

[39] SCHELCHER in EGER, Entsch. Bd. XIII S. 266ff.

gebnisse führen. In Wirklichkeit liegt ja die Sache gewöhnlich so, dass beides zugenommen hat, Eisenbahnverkehr und Strassenverkehr, und durch dieses Zusammenwirken ist der Zustand unhaltbar geworden. Folgerichtig würde man also auf eine gemeinsame Kostenlast hinauskommen[40]. Die Berechnung aber, wie viel die Eisenbahn, wie viel die Strasse „schuld" ist, wie also die beiderseitigen Antheile sich stellen, ist eigentlich kaum möglich. Der Machtstreit würde also wieder beginnen. Vor Allem aber, wenn wir fragen wollen: wer ist schuld an dem Mehraufwand — es ist anzuerkennen, dass die Gerechtigkeit dafür spricht, die Entscheidung auf diesen Punkt zu stellen — wenn wir wirklich so fragen wollen, so dürfen wir doch nicht einfach den Zustand so hinnehmen, wie er jetzt ist, sondern müssen in Rechnung ziehen, dass auch dieser erst geschaffen worden ist durch das Eingreifen der Bahn. Hätte die Bahn die Strasse nicht seiner Zeit durchschnitten, so würde sie jetzt auch dem gesteigerten Verkehr noch genügen oder, wenn um dieses willen eine Verbreiterung nöthig wäre, so könnte die mit einem verschwindend geringen Kostenaufwand erfolgen. Der Eisenbahn war bei ihrer ersten Herstellung die Verpflichtung erwachsen, Vorrichtungen zu treffen, dass die durchschnittene Strasse leistungsfähig bleibe für ihre Aufgaben. Die behördliche Genehmigung ihres Bauprojektes hat bestimmt, was dazu gehöre. Soll damit diese Pflicht ein für alle Mal erledigt sein? Darf die Eisenbahn auf ihrem Schein bestehen, wonach sie nicht mehr zu leisten hat? So formalistisch darf man nicht rechnen zwischen zwei Vertretern öffentlicher Interessen. Der natürliche Verpflichtungsgrund bleibt fortbestehen und die Anordnungen, die zu treffen sind, um ihm zu genügen, müssen sich den veränderten Verhältnissen anpassen.

Mit dieser Gedankenreihe scheinen uns die naturrechtlichen

[40] So mit Recht SCHELCHER l. c. S. 267. Die Praxis der sächsischen Eisenbahnverwaltung, wie er sie bezeugt, scheint dabei eine sehr wohlwollende zu sein.

Grundsätze gewonnen, die diese Materie beherrschen müssen. Die Scheidung vollzieht sich danach klar und einfach:

Wo bei Herstellung der Bahn ein gemeiner Weg nicht bestand, den sie gestört hätte, besteht für sie keine Verpflichtung, den nachträglich auftretenden Bedürfnissen auf ihre Kosten gerecht zu werden. Neuanlagen zu solchem Zwecke fallen ganz und gar dem Wegeherrn zur Last. Das ist Rechtens. Dem freiwilligen Entgegenkommen ist dadurch keine Schranke gesetzt.

Das Gleiche gilt, wenn damals ein Weg bestand, gelegentlich des Bahnbaues aber seine einfache Unterdrückung vereinbart oder angeordnet wurde. Es ist nichts übrig geblieben von einer Pflicht der Bahn diesem ehemaligen Weg gegenüber.

Wenn aber ein bereits bestehender Weg erhalten blieb, so dass die Bahn verpflichtet wurde, Vorkehrungen zu treffen, die seinen Fortbestand sicherten, Planübergänge, Ueberführungen, Unterführungen, so besteht diese Pflicht fort, und wenn aus irgend einem Grunde diese Vorkehrungen sich auf die Dauer als ungenügend erweisen, so ist es Sache der Bahn, sie auf ihre Kosten zu verbessern und dem Bedürfnisse anzupassen. Das Risiko der Verkehrsvermehrung ist zu Lasten der Bahn, die ein für alle Mal dafür aufzukommen hat, dass der Weg dadurch, dass er sie kreuzt, nicht unfähig werde, dem Verkehr zu genügen, dem er zu dienen bestimmt ist.

Diesem letzteren Grundsatz muss sofort eine Einschränkung, besser gesagt, eine genauere Bestimmung hinzugefügt werden. Es giebt Wege und Wege. Nur das Maass der Benützung kommt für das Risiko der Bahn in Betracht, nicht aber braucht sie eine Veränderung der Art des Weges sich gefallen zu lassen. Auch ein Fusspfad ist ein öffentlicher Weg. Wenn bei Herstellung der Bahn ein solcher vermittelst einer Fussgängerbrücke über den Bahnkörper hinweggeführt worden ist, so ist damit nicht die Verpflichtung verbunden, dass sie ihn zu einem Fahrweg sich auswachsen lässt und die im allgemeinen Verkehrs-

interesse vielleicht wünschenswerth gewordene breite Strassenbrücke an seiner Stelle erbaut. Diese Aenderung würde als eine solche anzusehen sein, für welche der Wegeherr allein aufzukommen hat. Eine Scheidung zwischen grossen und kleinen Fahrstrassen wäre dagegen nicht zu machen; der Unterschied ist hier nur im Maasse des Verkehrs zu sehen, nicht in der Art desselben, und das Risiko des Maasses und der dafür nöthigen Neuverbesserungen trägt die Bahn allein.

Diese Grundsätze[41] entsprechen nicht bloss der inneren Gerechtigkeit der Sache, sondern sie haben auch den Vortheil, sich leicht übersetzen zu lassen in das formelle Recht; bei naturrechtlichen Regeln ist das ja immer die Frage. Die hier vertheidigte Art der Lastvertheilung kann sich einfach anlehnen an die bei Genehmigung des Bahnprojekts getroffenen Anordnungen. Ist dort nichts bestimmt über einen bestehen bleibenden Weg, so hat es dabei sein Bewenden. Ist dagegen zu Lasten der Bahn eine darauf bezügliche Einrichtung vorgeschrieben, so wird es zulässig sein, im Wege der Auslegung die weiteren Verpflichtungen zur Geltung zu bringen, welche für diesen Fall die Gerechtigkeit und die Natur des Verhältnisses verlangen. Die Aufsichtsbehörde bekommt dadurch der konzessionirten Eisenbahn gegenüber eine sichere Rechtsgrundlage für ihre Forderungen. Die oberste Leitung der Staats- und Reichseisenbahnen aber ist in die unvergleichlich bessere Lage gesetzt, deutlich erkennbares Recht zu handhaben, anstatt Vergünstigungen zu gewähren in stetem Streit zwischen Wohlwollen und Amtspflicht.

[41] Sie gehen über das, was von der preussischen Wegepolizeibehörde selbständig erzwungen werden kann (oben Note 37), insofern weit hinaus, als die Pflicht der Eisenbahn losgelöst ist von dem Zufall, dass ihr die Unterhaltung einer bestimmten Einrichtung, die Wegebaulast, noch besonders auferlegt wurde. Ferner auch insofern, als nicht bloss Verbesserung der bestehenden Einrichtung der Eisenbahn obliegen soll, sondern auch ihr Ersatz durch eine Einrichtung anderer Art, vor Allem also auch die Herstellung einer Unterführung oder Ueberführung statt eines Planüberganges.

Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten.

Von

Dr. A. Dock in Strassburg i. Els.

Der Staat, wie jede juristische Person, kann einen Willen erzeugen und bethätigen nur durch physische Personen, die als seine Organe, seine Vertreter funktionieren. Ihr Wollen und Handeln gilt als Wollen und Handeln des Staats, sofern sie dasselbe den gesetzlich bestimmten Vollmachten gemäss bethätigen. Das Beamtenverhältnis ist ein Dienstverhältnis öffentlich-rechtlicher Art zwischen dem Staat und den Beamten, das durch die sog. Anstellung begründet wird. Im öffentlich-rechtlichen Sinne ist Beamter, wer freiwillig die Verpflichtung zur Führung von Staatsgeschäften übernommen hat[1]. Das Beamtenverhältnis ist ein öffentlich-rechtliches nicht nur nach seinem juristischen Charakter, sondern auch in Bezug auf seinen Inhalt. Der Beamte hat Staatsgeschäfte zu führen. Diese zerfallen in Regierungs- und privatrechtliche Geschäfte. Es giebt Beamte, die berufen sind, hoheitsrechtliche Funktionen zur Ausführung zu bringen, und solche, die in rechtsgeschäftliche Beziehungen zum Publikum treten. Die meisten Beamten üben abwechselnd bald Funktionen der einen, bald der anderen Art aus. Was vom Staat, das gilt gleicherweise von den Funktionen innerhalb der Gemeindeverwaltung, wie überhaupt, was hier von der Haftung des Staates aus-

[1] Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches 3. Aufl. Bd. I S. 383 ff.

geführt wird, sich auch auf die der öffentlich-rechtlichen Korporationen bezieht. Was die vermögensrechtliche Seite betrifft, so unterliegen alle juristischen Personen ein und denselben Grundsätzen; soweit es sich um die Ausübung von öffentlich-rechtlichen Funktionen handelt, sind die Verbände als selbständige juristische Personen konstituierte Organe des Staats. Wie der Staat zu seinen Beamten, so stehen sie zu den ihrigen. Die vom Staat für sich seinen Beamten gegenüber normierte Haftung gilt auch für die Gemeinden. Der Staat kann aber nicht wieder für sie in Anspruch genommen werden, weil sie vermögensrechtlich sowohl auf dem Gebiet des Privat- wie auf dem des öffentlichen Rechts mit eigener, selbständiger Persönlichkeit ausgestattet sind.

Ob der Staat da, wo er durch einen vollkommen rechtmässigen Akt der öffentlichen Gewalt in die Privatrechtssphäre der einzelnen eingreift, für den Schaden haftet, ist hier nicht zu untersuchen. Der Staat kann, heute freilich nur unter den gesetzlich normierten Voraussetzungen und in den vorgeschriebenen Formen, bestehende Privatrechte verletzen oder aufheben. Solange die Beamten den gesetzlichen Bestimmungen gemäss verfahren, sind ihre Handlungen rechtmässige. Rechtswidrig sind sie nur, wenn nachgewiesen ist, dass die Beamten mit rechtswidriger Arglist oder Fahrlässigkeit gehandelt haben.

Der gesetzwidrig handelnde Beamte verletzt seine Dienstpflicht gegenüber seinem Dienstherrn, dem er disziplinarisch verantwortlich wird. Er kann aber zugleich die Rechte Dritter verletzen. Diesen ist er persönlich für den Schaden haftbar, den er ihnen dolos oder culpos verursacht hat. Wenn aber der zugefügte Schaden die pekuniären Mittel des Beamten übersteigt, wo bleibt dann die Garantie? Wer hat da den Ausfall

---

[1a]. Vgl hierüber ANSCHÜTZ, Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmässige Handhabung der Staatsgewalt, im Verwaltungs-Archiv Bd. V (1896) und die bei REHM in v. Stengel's Wörterbuch III Erg.-Bd. citierte Litteratur.

zu tragen, der Staat oder der Beschädigte? Diese Frage erhebt sich seit Jahrhunderten aus dem interessierten Publikum, und die Theorie suchte und die Praxis war gezwungen, sie zu beantworten. Das positive Recht gab eine ausdrückliche Entscheidung der Frage nicht, die Betonung dessen aber, was das Rechtsgefühl verlangte, liess es zur Auffindung des Prinzips nicht gelangen. Die Theorie schwankte hin und her und auf diese Theorie waren die Gerichte angewiesen. So gelangten auch die höchsten deutschen Gerichtshöfe nicht zu einer einheitlichen Rechtsprechung. Sowohl bezüglich der Staatshaftung aus rechtswidrigen Handlungen, die die Beamten in privatrechtlicher Vertretungsmacht als auch aus solchen, die sie in Ausübung staatlicher Hoheitsrechte begehen, gingen nicht allein die Gerichte unter sich, sondern oft auch ein und dasselbe Gericht in verschiedenen Zeiten von verschiedenen Prinzipien aus, und auch bei gleichem Resultat findet man die verschiedensten Begründungen. Manche Seite dieser zu den interessantesten der ganzen Rechtswissenschaft zählenden Frage ist aus den Diskussionen geklärt und gefestigt hervorgegangen, andere Ideen sind im Laufe der Zeit fallen gelassen und über Bord geworfen worden, eine herrschende Ansicht aber konnten auch die letzten aus den siebziger und achtziger Jahren herrührenden entwicklungsgeschichtlichen Zusammenfassungen[2] nicht anführen und ein Blick in die Werke der derzeitigen Autoritäten lässt uns noch kein anderes Resultat konstatieren. Schon aus diesem Grunde rechtfertigt sich eine erneute Untersuchung. Noch mehr aber nötigt das grosse gesetzgeberische Ereignis an der Wende des Jahrhunderts zu einer neuen Darlegung dieser tief in das bürgerliche Recht einschneidenden Materie.

---

[2] E. Loening, Die Haftung des Staates aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten nach deutschem Privat- und Staatsrecht 1879. — R. Pilott. Die Haftung des Staates für rechtswidrige Handlungen und Unterlassungen der Beamten bei Ausübung staatlicher Hoheitsrechte, in den Annalen des Deutschen Reiches 1888 S. 254 ff.

Bevor wir aber zur Untersuchung schreiten, inwieweit das neue Reichscivilgesetzbuch auf unsere Frage eingewirkt hat, wollen wir einen Blick auf den Stand der Theorien vor 1900 werfen.

Die Theorien.

Von Interesse ist für uns nur das 19. Jahrh.; über die geschichtliche Entwicklung unserer Frage in den vorhergehenden[3] möge die Bemerkung genügen, dass man die Haftpflicht des Staats hauptsächlich durch eine culpa in eligendo oder die später nur noch von wenigen beliebte Anwendung der römisch-rechtlichen Grundsätze vom Mandat zu begründen suchte.

Die verschiedenen Ansichten kann man entweder nach ihren Begründungen oder nach ihren Resultaten gruppieren. Was zunächst letztere betrifft, so behaupten die einen eine allgemeine Haftpflicht, d. h. sie machen den Staat verantwortlich für alle rechtswidrigen Handlungen und Unterlassungen seiner sämtlichen Beamtenkategorien, gleichviel ob die Rechtswidrigkeit durch dolus oder culpa, von unteren oder höheren, fiskalischen oder Regierungs-, Gerichts- oder Verwaltungsbeamten begangen. Dem gegenüber lassen die Anhänger der beschränkten Haftung diese nur für einzelne Fälle eintreten. Eine weitere Unterscheidung ist die in primäre und subsidiäre Haftung. Dort soll sich der Geschädigte in erster Linie an den Staat oder an Staat und Beamten halten können, hier verlangt man eine vorgängige, wegen Zahlungsunfähigkeit erfolglos gebliebene Ausklagung des Beamten. Es giebt auch Kombinationen dieser Theorien, je nachdem man die primäre Haftung als eine allgemeine oder als eine beschränkte auffasst. Zu diesen verschiedenen Resultaten gelangen ihre Vertreter teils durch privat-, teils durch öffentlichrechtliche Begründungen. Eine letzte Gruppe endlich stellt die Haftung des Staats überhaupt in Abrede[4].

---

[3] Vgl. Loening a. a. O. S. 7—52.

[4] Vgl. die einzelnen Gruppen bei Piloty a. a. O. S. 249 und die auf

Eine primäre Haftung des Staats mit privatrechtlicher Begründung findet sich bei ZÖPFL, HEFFTER, MEISTERLIN[5] u. a., und zwar behauptet ersterer durch analoge Anwendung der Haftung des dominus für den institor eine allgemeine, die anderen eine beschränkte Haftpflicht, nämlich bei culpa in eligendo sive custodiendo des Staates. Diese Argumentationen sind in der Folgezeit nicht mehr versucht worden. Die Vertreter der Ansicht, dass der Staat aus Gründen des öffentlichen Rechts primär zu haften habe, wie K. S. ZACHARIÄ[6], v. KISSLING[7], DREYER[8], WINDSCHEID[9], erblicken alle mit grösseren oder kleineren Modifikationen den Grund für die Haftung in der Einheit der Person des Staats und des Beamten. „Ein Beamter ist mehr als ein Bevollmächtigter, er ist in Beziehung auf sein Amt schlechthin als eine und dieselbe Person mit dem Staatsherrscher oder als dessen Vertreter zu betrachten.“ „Die handelnden Glieder (Beamten) sind organische Teile des Ganzen (Staat), durch sie handelt also in der That der Staat selbst.“ Einen Fortschritt bedeuten die Ausführungen PFEIFFERS[10]. Wenn er auch noch für die Advokaten, Aerzte u. s. w. eine Haftung des Staats bei culpa in eligendo verlangte, so hat doch er die Unterscheidung zwischen den Handlungen der Beamten in privatrechtlicher Vertretung und in Ausübung öffentlicher Machtbefugnisse eingeführt. Im Interesse der Unabhänigkeit der Gerichte und wegen der dem Beschädigten zur Verfügung stehenden Rechts-

---

den verschiedenen Begründungen fussenden Erkenntnisse ebenda S. 251 N. 4, S. 254 N. 4 u. 5, S. 256 N. 2 u. 3, S. 259 N. 1 u. 2.

[5] ZÖPFL, Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechtes 2. Aufl. § 217. HEFFTER, Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht Bd. I S. 162 ff. MEISTERLIN, Die Verhältnisse der Staatsdiener 1838 S. 99 ff.

[6] Vierzig Bücher vom Staate 1. Teil S. 99.

[7] Gutachten, in den Verhandlungen des 8. deutschen Juristentages Bd. I S. 389 ff.

[8] Ztschr. für franz. Recht Bd. III S. 383 ff.

[9] Pandekten 5. Aufl. Bd. II S. 774.

[10] Praktische Ausführungen aus allen Teilen der Rechtswissenschaft Bd. II.

mittel hielt er die Haftpflicht für richterliche Beamte für ausgeschlossen, für rechtswidrige Handlungen der Verwaltungsbeamten aber machte er den Staat, weil er von den Unterthanen Gehorsam gegen die Behörden verlange, primär haftbar. Diese PFEIFFER'schen Ausführungen sind durch H. A. ZACHARIAE[11] teils berichtigt, teils schärfer gefasst worden. Vor allem schloss ZACHARIAE die Haftung für Aerzte etc. aus, betonte, dass zwischen richterlichen und Verwaltungsbeamten kein Unterschied zu machen sei und brachte die von PFEIFFER hervorgehobene Unterscheidung von Privatrechtsgeschäften und Regierungshandlungen prägnanter zum Ausdruck. Erstere unterstellte er den Grundsätzen des Civilrechts, für letztere machte er den Staat subsidiär nach dem erfolglos belangten Beamten haftbar, da der Staat für das Handeln seiner Beamten innerhalb ihrer Amtssphäre eine Garantie übernehme. Voraussetzung der Staatshaftung sei aber stets, dass der Beamte innerhalb seiner Amtssphäre gehandelt hat; sie soll deshalb nicht eintreten, wenn der Beamte nur bei Gelegenheit der Amtsführung rechtswidrig gehandelt oder wenn Nichtbeamte Handlungen vorgenommen haben, zu deren Vornahme nur Beamte berechtigt sind. Ueberdies aber soll bei richterlichen Entscheidungen und Verwaltungsverfügungen der Staat erst dann in Anspruch genommen werden können, wenn die Entscheidungen rechtskräftig geworden sind und den Beschädigten nicht durch Nichtanwendung eines ihm zustehenden Rechtsmittels selbst ein Verschulden trifft. Diesen Ausführungen von ZACHARIAE schloss sich v. GERBER[12] an; zu ihnen bekannten sich u. a. auch GÖNNER[13] und SCHMITTHENNER[14]. Alle diese Theorien haben das gemein, dass sie aus staatsrechtlichen Verhältnissen, dem der Subjektion zwischen Staat und Unterthan,

---

[11] Ztschr. für die gesamte Staatswissenschaft 1863 S. 582 ff.
[12] Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts S. 202 ff.
[13] Kommentar zum bayr. Hypothekengesetz Bd. II S. 43 § 3.
[14] Grundlinien des allgem. oder idealen Staatsrechts 1845 S. 513.

dem der Repräsentation zwischen Staat und Beamten, privatrechtliche Folgerungen ziehen, indem sie aus demselben bald eine, der privatrechtlichen vertragsmässigen analoge, stillschweigende Uebernahme der Haftung, bald eine Haftpflicht aus Verschulden des Staats, der mit den Beamten eins sei, entnehmen. Ebenfalls vom Gesichtspunkte des Verschuldens aus kommen die eine Haftpflicht leugnenden Schriftsteller zu einem negativen Resultat. Den Satz, dass eine Haftpflicht regelmässig auf Verschulden beruht, stellen auch sie obenan. Aber sie sind skeptischer im Folgern, betonen die Verschiedenheit der Subjekte von Staat und Beamten und vermögen aus jenen staatsrechtlichen Verhältnissen keine Haftübernahme oder Verschulden zu konstruieren. So u. A. Lorenz v. Stein[15], Robert v. Mohl[16] und Bluntschli[17]. Für das Gebiet des preussischen Rechts wird von dessen Darstellern, wie Zorn[18], v. Rönne[19], Dernburg[20], Förster[21], sowie von den Gerichten die Haftpflicht des Staats regelmässig geleugnet. Aber auch E. Loening[22], A. Piloty[23], Jellinek[24], v. Seydel[25], Rehm[26], v. Sarwey[27], Cosack[28], Born-

[15] Lehre von der vollziehenden Gewalt 1869 S. 369.

[16] System der Präventivjustiz oder Rechtspolizei 2. Aufl. S. 555.

[17] Gutachten, in den Verhandlungen des 6. deutschen Juristentages 1865 Bd. I S. 45 ff.

[18] In der 5. Aufl. von v. Rönne's Staatsrecht der Preuss. Monarchie Bd. I § 46 S. 596.

[19] Staatsrecht der Preuss. Monarchie Bd. III S. 583 ff.

[20] Preuss. Privatrecht § 53.

[21] Preuss. Privatrecht § 90.

[22] A. a. O. und Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts 1884 S. 786.

[23] A. a. O. S. 271.

[24] System der subjektiven öffentlichen Rechte 1892 S. 232 ff.

[25] Bayr. Staatsrecht 2. Aufl. Bd. I § 132 N. 88.

[26] In v. Stengel's Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts Erg.-Bd. III S. 97.

[27] Oeffentliches Recht und Verwaltungsrechtspflege 1880 S. 304 Anm. 3.

[28] Staatsrecht des Grossherzogtums Hessen in Marquardsen's Handbuch des Oeffentl. Rechts III. i. 4.

HAK[29] u. a. nehmen eine Haftung nur insoweit an, als sie durch besondere Vorschriften anerkannt ist. So kommt z. B. LOENING, der am schärfsten und klarsten die Scheidung zwischen Privatrechtsgeschäften und Regierungshandlungen des Staats durchgeführt hat[30], auf Grund seiner Kritik der verschiedensten Ansichten zu dem Resultat, dass eine allgemeine Haftung des Staats aus rechtswidrigen Regierungshandlungen seiner Beamten mit logischer Notwendigkeit weder aus den Begriffen des Staats und des Beamten noch aus dem Verhältnis der Unterthanen zur Staatsgewalt sich ergebe, dass aber auch die Gerechtigkeit keine solche fordere, dass es überhaupt kein die Frage entscheidendes allgemeines Prinzip gebe. Nur nach der rechtlichen Natur der einzelnen Verhältnisse, in die der Staat zu seinen Unterthanen tritt, soll die Frage zu entscheiden sein, und bei dieser Prüfung der einzelnen Funktionen findet LOENING die Haftung nur bei einer einzigen gerechtfertigt: bei Abschluss und Erfüllung der öffentlich-rechtlichen Verträge, wozu die Verträge zur Begründung des Staatsdienerverhältnisses, zur Aufnahme von Staatsanleihen sowie die Hinterlegungsverträge gerechnet werden.

Aber nicht alle Neueren haben sich wie diese Autoren und die ihnen folgenden Gerichte von der ganzen Idee der Haftpflicht abgewandt. GEORG MEYER z. B. behauptet eine subsidiäre, GIERKE und OTTO MAYER eine primäre Haftung des Staates. Mit der Wiedergabe ihrer Lehren soll die Darstellung der Theorien geschlossen werden.

GEORG MEYER[31] zunächst steht noch ganz auf dem Boden der älteren Theorie und sucht aus dem Subjektionsverhältnis ein staatsrechtliches Prinzip für eine Haftung des Staats zu gewinnen, wobei die verschiedenen älteren Lehren verwandt werden. Zunächst die der Einheit in den Personen von Staat und Beamten:

---

[29] Preuss. Staatsrecht Bd. II S. 46f.

[30] A. a. O. S. 58ff. und S. 93ff.

[31] Lehrbuch des deutschen Staatsrechts 1899 § 149 S. 2.

„die obrigkeitliche Gewalt verkörpert sich in der Person des Beamten. Der Staat ist daher verpflichtet . . .“ Danach erwartet man eigentlich eine primäre Haftpflicht. Sie soll aber eine sekundäre sein, „da die Beschädigung in erster Linie durch das pflichtwidrige Verhalten des Beamten veranlasst wurde“. Sehr bedenklich ist es auch, die Haftpflicht von der Gehorsamspflicht oder dem eventuellen aktiven Widerstandsrecht der Unterthanen abhängig zu machen, wodurch denselben die feinsten juristischen Unterscheidungen zugemutet werden. Man ersieht aber daraus, dass es sich viel mehr um den „Zwang“ (im Gegensatz zum „freien Belieben“ des Dritten beim Abschluss von Rechtsgeschäften mit dem Staat) als um die Rechtswidrigkeit handelt, obwohl diese zum Schluss als eigentlicher Grund angeführt wird. Anders ausgedrückt heisst die ganze Konstruktion: Sobald der Staat zwingt, soll er auch für den dabei unterlaufenden Schaden wenigstens garantieren.

Gierke[32] ergiebt sich die Lösung der Frage als ein aus dem Wesen der Körperschaft als einer nicht bloss rechts-, sondern auch willens- und handlungsfähigen realen Gesamtperson folgendes Prinzip: Eine Gesamtperson begeht diejenigen schuldhaften Handlungen und Unterlassungen, die ein verfassungsmässiges Organ als solches im Bereich seiner Zuständigkeit begeht. In der von der älteren Theorie gemachten Unterscheidung zwischen Handlungen der „universitas ipsa“ und der ihrer Vertreter, wobei sie nur das Verschulden solcher Organe, in denen sie eben die universitas zu erblicken glaubte, direkt der Gesamtheit zuschrieb, das rechtswidrige Verhalten der als Vertreter aufgefassten Organe dagegen erst durch eine Mitschuld der universitas auf die juristische Person zurückfallen liess, sieht Gierke den Grund für die Unsicherheit und die Schwankungen bei der Lösung unserer Frage. Aus jenem Fehler heraus sei jene

[32] Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung 1887 4. Kap. — Deutsches Privatrecht 1895 Bd. I § 61.

Theorie dazu gekommen, bald die Haftpflicht prinzipiell zu verneinen und gleichzeitig einen Vorbehalt für den Fall eines eigenen Verschuldens des Staats hinzuzufügen, oder doch die Möglichkeit einer Haftung der Korporation aus eigenem Verschulden dahingestellt zu lassen, bald die Haftung zu bejahen unter Fingierung einer besonderen Garantieleistung des Staats für seine Beamten. Nach GIERKE wird aber durch jedes innerhalb seiner Zuständigkeit funktionierende Organ die Körperschaft voll und unmittelbar dargestellt. Erkenne man aber das Delikt des im Bereich seiner Kompetenz bleibenden Organs als Delikt der Körperschaft an, so folge ohne weiteres, dass für die Gemeinheit aus körperschaftlichem Verschulden (wie auch aus fremden als auch ohne Verschulden) geradeso eine Ersatzpflicht erwächst wie für Einzelpersonen. Die Ersatzverbindlichkeit aus körperschaftlichem Verschulden erstrecke sich bis zum Nachweise einer positiv-rechtlichen Ausnahme genau so weit, wie die aus individuellem Verschulden. „Denn die Ersatzfolgen der Delikte sind privatrechtlicher Natur: dem Privatrecht aber sind — im Gegensatz zum Strafrecht — die Gesamtpersonen im Zweifel in gleicher Weise wie die Einzelpersonen unterworfen.“ Und zwar gelte dieses Prinzip nicht nur auf dem heute unbestrittenen Gebiet des kontraktlichen, sondern auch auf dem des ausserkontraktlichen Verschuldens, und für das Verschulden in dem individual-rechtlichen Aktionsgebiet der Gemeinheiten ebenso wie im gemeinheitlichen. Hier in dem letzten, in unserem Fall, handle es sich keineswegs um eine eigenartige „Haftung nach öffentlichem Recht“. Diese Haftung folge vielmehr aus den im Zweifel auch auf die Gemeinheiten anwendbaren Grundsätzen des Privatrechts. Denn sie trete wegen der rechtswidrigen Verletzung von Privatinteressen und nur insoweit ein, als durch eine zwar dem öffentlichen Leben angehörige, jedoch dem öffentlichen Recht widersprechende Handlung oder Unterlassung eine Privatrechtssphäre geschädigt ist. Die Ersatzklage gegen das vom Beamten dargestellte Ge-

meinwesen beruhe auf einem identischen rechtlichen Fundament wie die in solchen Fällen gegen den schuldigen Beamten gegebene Ersatzklage, deren civilrechtliche Natur niemals in Zweifel gezogen worden sei. In den besonderen Gesetzen, die die staatliche oder kommunale Ersatzverbindlichkeit für einzelne Gebiete amtlicher Thätigkeit festsetzen und regeln, erblickt daher GIERKE nur Anwendungsfälle eines allgemein gültigen Rechtsgrundsatzes, während er den eine solche Ersatzverbindlichkeit ausschliessenden Sätzen des positiven Rechts einen singulären Charakter zuschreibt.

Während GIERKE so in seiner aus dem Wesen der Genossenschaft folgenden Theorie die Haftung des Staates unter das Privatrecht stellt, hält OTTO MAYER[33] an der staatsrechtlichen Natur der Frage fest. Aber er verwirft die ganze ältere Theorie, ohne jedoch, wie die Obigen, zur Leugnung der Haftung zu kommen; er findet vielmehr, dass die für die Haftpflicht eintretenden Schriftsteller und Gerichte das Richtige getroffen, nur hätten sie, indem sie durch unmögliche Konstruktionen ihrer Forderung ein juristisches Gewand zu geben und die Kluft zwischen den Begriffen Staat und Rechtswidrigkeit zu überbrücken sich bemühten, den wahren Grund für die Haftung nicht erkannt. OTTO MAYER findet den Grund der Staatshaftung in dem grossen allgemeinen Rechtsprinzip zur Regulierung der wirtschaftlichen Wirkungen der Staatsthätigkeit auf den Unterthanen, in dem Rechtsinstitut der öffentlich-rechtlichen Entschädigung. Sie beruht auf dem Gedanken, dass der Vermögensnachteil, der den einzelnen durch ein ihm durch die öffentliche Gewalt auferlegtes besonderes Opfer trifft, wegen der darin liegenden Ungerechtigkeit ausgeglichen werden soll. Der Grundgedanke ist also Ersatz, Ausgleich weil Ungleichheit. Die Entschädigung leitet sich also nicht ab aus Sätzen über civilrechtliche Haftung für rechts-

[33] Deutsches Verwaltungsrecht Bd. II §§ 53 u. 54.

widrige Schädigung (denn dasselbe gilt, wenn kein Delikt vorliegt oder vorliegen kann) oder über ungerechtfertigte Bereicherung (denn diese braucht nicht erfolgt zu sein, und den Massstab für die Enteignung bildet nicht die eventuelle Bereicherung, sondern der Schaden). Die öffentlich-rechtliche Entschädigung ist aber nicht allein eine Forderung der Gerechtigkeit, sondern ein Rechtssatz und zwar nach OTTO MAYER ein hinter den die öffentlich-rechtliche Entschädigung regelnden Sondergesetzen stehender allgemeiner Rechtssatz, ein Gewohnheitsrecht, „altes Recht. Vermittelt durch die Forderung der Gerechtigkeit ward er aufgenommen in die gemeinsame Rechtsüberzeugung und Rechtsübung, sobald der Staat anfing, lebhafter sich zu regen und häufiger solche Opfer zuzumuten. Das römische Recht gab kein Vorbild; ein deutsches Gewohnheitsrecht bildete sich aus, zunächst für die schwersten Fälle, vor allem für die Ausübung des jus eminens, allmählich von selbst verallgemeinert". In der Anwendung des Prinzips auf die Fälle, wo die Entschädigungspflicht bedingt ist durch die Rechtswidrigkeit der schädigenden Amtshandlung, ergiebt sich, dass die rechtswidrige Amtshandlung, da sie keine selbständige Voraussetzung der öffentlich-rechtlichen Entschädigung bildet, in den Voraussetzungen derselben eine sehr verschiedene Rolle spielt: In der Regel ist der Nachweis einer Rechtswidrigkeit für die öffentlich-rechtliche Entschädigung gleichgiltig. Diese findet überall da statt, wo durch die Thätigkeit der Verwaltung ein besonderes Opfer auferlegt wird, ohne Unterschied, ob Rechtswidrigkeit vorliegt oder nicht. Unter Umständen wird dagegen das Vorhandensein der Rechtswidrigkeit geradezu die Entschädigung ausschliessen. Weil sie immer nur für den aus der öffentlichen Verwaltung dem einzelnen zugehenden Nachteil geschuldet ist, so wird sie da, wo die Rechtswidrigkeit des Beamten kein blosses Fehlgehen der Verwaltung mehr, sondern einen Missbrauch der von dieser dargebotenen Gelegenheit bedeutete, allein an dem Beamten haften bleiben. Anderer-

seits kann aber der Nachweis einer Rechtswidrigkeit auch Bedingung der öffentlich-rechtlichen Entschädigung sein und zwar dieses in doppelter Weise: Unter Umständen ist die Frage, ob der Schaden aus der Thätigkeit der Verwaltung hervorgegangen ist, nur danach zu entscheiden, ob ein Verschulden vorliegt. Der Schuldige hat den Schaden verursacht. Aus der Kausalität folgt hier die Entschädigungspflicht der öffentlichen Verwaltung. Aber auch der durch die öffentliche Verwaltung verursachte Schaden ist ein besonderes Opfer nur dann, wenn er ungerecht trifft. Nicht die Verfehlung des Beamten ist der Grund, sondern die objektive Rechtswidrigkeit, welche die Schädigung als eine ungerechte, als ein besonderes Opfer erscheinen lässt.

Damit hat Otto Mayer die Frage losgelöst von allen unmöglichen Konstruktionen einer staatsrechtlichen Haftung und in dem Rechtsinstitut der öffentlich-rechtlichen Entschädigung ein festes einheitliches Prinzip aufgestellt. Auch ist kein Zweifel, dass den Autoren und Gerichten, die den Staat „nach einem allgemeinen Rechtsgrundsatze“ oder nach „unzweifelhaftem Rechtssatze“, wie insbesondere das in Seufferts Archiv VII S. 219 angeführte Erkenntnis, für ersatzpflichtig erklärten, dieses Prinzip vorschwebte. Ueberhaupt lebte der Satz, dass der Staat für schädigende Eingriffe Vergütung leisten müsse, als Satz des Naturrechts schon im 17. und 18. Jahrh. in den Gemütern. Wenn die Fälle der rechtmässigen Schädigung eine besondere Rolle spielten, so lag das teils an der grossen Ausbildung der Lehre von dominium eminens, teils daran, dass die damals herrschende Lehre die ihre Befugnisse überschreitenden Beamten den Privaten gleichstellte und die Unterthanen des Gehorsams entband. Dieser Naturrechtssatz ist auch die eigentlichste Basis sämtlicher den Staat für rechtswidrige Beamtenhandlungen für haftbar erklärenden Theorien. Nur verdeckten ihn die einen durch mehr oder minder geschickte staatsrechtlich-stylisierte Privatrechtskonstruktionen, die anderen aber erachteten den Staat

schon durch den Satz selbst als gebunden, während doch ein Satz des Naturrechts, ein Postulat der Gerechtigkeit, die Staatsgewalt nicht binden, sondern höchstens zu einem ihn verpflichtenden Gesetz oder Gewohnheitsrecht führen kann. Für eine gesetzliche Regelung im Sinne der MAYER'schen Theorie spricht auch die Thatsache, dass der Grund des Gefühls, der Staat solle haftpflichtig sein, der durch die öffentliche Verwaltung den einzelnen treffende Nachteil und nicht die subjektive Dienstpflichtverletzung des Beamten ist. Die teils durch das Bürgerliche Gesetzbuch selbst vorgenommene, teils durch dasselbe veranlasste Normierung, auf die wir jetzt übergehen, ist aber in einer anderen Richtung erfolgt.

Das Bürgerliche Gesetzbuch.

I.

Der Staat ist Vermögenssubjekt ipso jure. In seinen vermögensrechtlichen Beziehungen heisst er Fiskus. Der Fiskus ist keine reine Privatrechtsperson, steht aber, von gewissen Privilegien abgesehen, unter den gewöhnlichen Regeln des Rechts. Die Frage der Haftpflicht des Staats verwandelt sich hier also in die weitere, allgemeinere nach der Schadensersatzpflicht der juristischen Personen in ihren privatrechtlichen Verhältnissen aus dem rechtswidrigen Verhalten ihrer Vertreter.

Aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch ergiebt sich bezüglich der Haftung des Vereins für die Handlungen seines Vorstandes oder eines verfassungsmässig bestellten besonderen Vertreters folgendes: Die von dem Vorstand oder einem sonstigen verfassungsmässigen Vertreter oder diesem gegenüber innerhalb der ihnen zustehenden Vertretungsmacht abgegebenen Willenserklärungen wirken unmittelbar für und wider den Verein (§ 164). Bezüglich der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten ist der Verein für ein Verschulden seines Vorstandes oder eines sonstigen verfassungsmässigen Vertreters verantwortlich (§ 278). Der Verein ist zum Ersatze

des Schadens verpflichtet, den der Vorstand etc. in Ausführung der Verrichtungen einem Dritten widerrechtlich zufügt (§ 831 I, 1). Nach § 831 I, 2 soll diese Haftpflicht nicht eintreten, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehre erforderliche Sorgfalt beobachtet, oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden wäre. Die Haftpflicht würde also in Ermangelung besonderer Vorschriften nicht eintreten, wenn der Verein bei der Auswahl des Vorstandes etc. die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hätte. Eine solche besondere, die nach § 831 bestehende Haftpflicht erweiternde Vorschrift ist aber enthalten in § 31: „Der Verein ist für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes oder ein anderer verfassungsmässig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt." Die Ausnahme des § 831 I, 2 fällt weg; die Haftung wird auf jeden Schaden ausgedehnt, der durch eine in Ausführung der dem Vorstand etc. zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zugefügt wird[34]. Die Vorschrift des § 31, sagen die Motive, beruhe auf Zweckmässigkeitsrücksichten. So zweifellos die Körperschaft an sich als willenloses Wesen nicht fähig sein könne, eine unerlaubte Handlung zu begehen, so zeige doch die neuere Rechtsentwicklung eine entschiedene Neigung, eine privatrechtliche Haftung der Körperschaft für die unerlaubten Handlungen ihrer Vertreter eintreten zu lassen. Die Neigung gründe sich in einem schwer von der Hand zu weisenden Verkehrsbedürfnisse.

---

[34] G. Planck, Kommentar zum B. G.-B. 1898 ff. — H. Molitor, Kommentar zum elsass.-lothr. A.-G. 1900 S. 70.

Der § 46 des Entw. I sprach von dem Schaden, den der Vorstand etc. „in Ausübung seiner Vertretungsmacht“ einem Dritten zugefügt. Auf Antrag ersetzte man diese Worte durch die dem § 831 nachgebildete Ausdrucksweise „in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen“, weil die Fassung des Entwurfs zu eng sei, indem „Vertretungsmacht“ im Sinne desselben die Macht zur Vertretung im rechtsgeschäftlichen Handeln bezeichne, während hier auch die Befugnis und Verpflichtung zur Ausführung thatsächlicher Verrichtungen getroffen werden müsse[35].

Als die Auffassung der Kommission wurde festgestellt, dass der Verein nicht haften soll für den Schaden, den der Vertreter durch eine nur bei Gelegenheit (aber nicht in Ausführung der ihm zukommenden Verrichtungen) begangene, zum Schadensersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zugefügt[36].

Die Haftung des Vereins bezieht sich nur auf die Handlungen der in § 31 bezeichneten Personen, d. h. der verfassungsmässig berufenen Vertreter des Vereins. Verfassungsmässig berufener Vertreter ist, wer zur Vertretung des Vereins, zu selbständigen Handeln für den Verein durch eine nach dem Statut ihm zukommende Stellung berufen ist[37]. Erteilt ein solcher Vertreter einem Andern Vollmacht zu selbständigem Handeln in irgend einer Angelegenheit des Vereins, so wird dadurch der Andere nicht verfassungsmässiger Vertreter des Vereins; er ist es nur, wenn ersterer ihm diese Vollmacht kraft besonderer statutarischer Ermächtigung übertragen durfte. Von den verfassungsmässigen Vertretern sind streng zu unterscheiden die von ihm bevollmächtigten oder sonst zu einer Verrichtung be-

---

[35] Prot. II S. 1052, 8395. — G. Planck. — E. Hölder, Kommentar zum Allgem. Teil des B. G.-B. 1900. — And. Ansicht: Rehbein, Kommentar Bd. I Allgem. Teil.

[36] Prot. II S. 1052. Mugdan, Die gesamten Materialien zum B. G.-B. Bd. I S. 619.

[37] E. Hölder. — Vgl. Seufferts Archiv Bd. XLIII No. 74; R.-G. Bd. XIX S. 348, Bd. XLIII S. 406, Bd. XLV S. 169.

stellten Personen. Auch sie sind verfassungsmässig berufen, wenn ihre Stelle in der Verfassung bestimmt ist, aber sie haben keine eigene Kompetenz, sind keine Vertreter des Vereins im Sinne des § 31. Auf Handlungen dieser Angestellten bezieht sich die Haftung des Vereins nicht, für sie verbleibt es bei der Vorschrift des § 831. Haftet für ihre Handlungen ein verfassungsmässiger Vertreter wegen culpa in eligendo sive inspiciendo, so haftet der Verein für ihre Handlungen dadurch, dass er für das jenen gegenüber beobachtete Verhalten seines verfassungsmässigen Vertreters haftet[38].

Der „Entwurf eines Gesetzbuchs für das Königreich Bayern“ von 1861 sowie das „Schweizerische Bundesgesetz über das Obligationenrecht“ von 1881 gehen, soweit sie eine Haftung anerkennen, über die Vorschrift des Bürgerlichen Gesetzbuches darin hinaus, dass sie die Körperschaft verantwortlich machen für die unerlaubten Handlungen nicht bloss der gesetzlichen Vertreter, sondern auch der in ihrem Dienste stehenden Personen, bzw. ihrer Angestellten und Arbeiter. Eine analoge Ausdehnung der Haftung der Korporation wurde in der II. Kommission beantragt mit der Ausführung, der Entwurf habe sich in § 31 nicht vollständig genug frei gemacht von dem individualistischen Prinzip des römischen Rechts, wonach für einen Schaden nur derjenige hafte, der ihn schuldhaft verursacht habe. Die Haftung müsse allgemein auf jede Schadenszufügung von Seiten eines Angestellten der Körperschaft erstreckt werden. Dies entspreche ebenso altem deutschen Recht wie dem Gedanken, dass der Unternehmer eines Betriebes für den durch denselben verursachten Schaden ohne Rücksicht auf Verschulden aufkommen müsse. Der Antrag ward aber abgelehnt. Die Mehrheit ging davon aus, dass es sich bei § 31 nur um die Regelung derjenigen Haftung der Körperschaft handele, die auf dem besonderen Verhältnis derselben zu ihren Or-

---

[38] Planck. — Hölder.

ganen beruhe, dass dagegen die Frage, wieweit eine vom Verschulden unabhängige Haftung für schädigende Handlungen Dritter anzuerkennen sei, für juristische Personen nicht anders entschieden werden könne als für natürliche. Man vertröstete also den Antragsteller auf die Beratung des Abschnittes über die Schuldverhältnisse aus unerlaubten Handlungen; der § 831 aber erkennt nicht an, dass, wer einen Anderen zu einer Verrichtung bestellt, ohne Rücksicht auf ein etwaiges Verschulden für die unerlaubten Handlungen einzustehen habe, die der Andere bei Ausführung seiner Verrichtungen begeht[39].

Nach § 89 I findet die Vorschrift des § 31 auf den Fiskus sowie auf die Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts entsprechende Anwendung. Die Regelung der Vertretung des Fiskus und der öffentlich-rechtlichen Korporationen ist Sache des öffentlichen Rechts[40]. Das bürgerliche Recht hat jedes vom öffentlichen Recht geschaffene Rechtssubjekt als solches anzuerkennen, sowie seine Daseinsordnung und die in seiner Verfassung geregelte Vertretung als massgebend gelten zu lassen. Das öffentliche Recht muss die Verfassung seiner juristischen Personen, sofern sie als rechtsfähige Subjekte am privatrechtlichen Verkehr teilzunehmen berufen sind, entsprechend ausgestalten. Soweit es sich also um den Abschluss rein privatrechtlicher Geschäfte handelt, kommen auf den Fiskus die gewöhnlichen Sätze des Privatrechts zur Anwendung. Staat und Kommunalverbände werden aus den Handlungen ihrer Organe geradeso haftpflichtig wie andere juristische Personen, wenn nicht einzelne Fragen eine Regelung durch Spezialgesetze erfahren haben. Soweit Staat und Verbände gewerbsmässig Handelsgeschäfte betreiben, gelten sie als Kaufleute, und es finden auf sie die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs und der übrigen

---

[39] Prot. S. 1050 ff.

[40] Z. B. Hess, A.-G. zum B. G.-B. Art. 16; Schwarzburg-Rudolstadt. Art. 6; Elsass-Lothring. A.-G. zur C.-P.-O. § 1.

einschlagenden Gesetze Anwendung. Die frühere Streitfrage über die Kaufmannseigenschaft des Staats im Bereich der Post- und Eisenbahnverwaltung hat durch das neue Handelsgesetzbuch eine, wenn auch inkonsequente, Lösung erfahren. Dem Postfiskus ist die Kaufmannseigenschaft ausdrücklich ab-, dem Eisenbahnfiskus stillschweigend zugesprochen worden. Die Haftpflicht der Eisenbahnen für den durch Verlust und Beschädigung von Gütern verursachten Schaden regelt sich nach §§ 456—458 H.-G.-B. Die Einzelstaaten haben auf Grund der Ermächtigung des Art. 105 Einf.-G. z. B. G.-B. die Verantwortlichkeit des Unternehmers eines Eisenbahnbetriebs erweitert[41]. Die Verpflichtung zum Schadensersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken etc. herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen normiert sich nach dem Gesetze vom 7. Juni 1871, dessen Bestimmungen durch die Vorschriften der verschiedenen in den Jahren 1887ff. erlassenen Arbeiterversicherungsgesetze modifiziert sind, soweit es sich um Tötungen oder Verletzungen der nach diesen Gesetzen versicherten Personen handelt. Die reichsrechtlichen Vorschriften über die Haftung auf dem Gebiete der Post und Telegraphie sind enthalten im Ges. vom 28. Okt. 1871 über das Postwesen des Deutschen Reichs, Abschn. II § 6ff. und in der Telegraphenordnung für das Deutsche Reich vom 15. Juni 1891, S. 23.

Aus den §§ 31, 89 B. G.-B. ergiebt sich also, dass der Staat und die Gemeinden kraft reichsrechtlicher Norm für den Schaden haften, den Staats- bezw. Gemeindebeamte durch eine in Ausübung ihrer Vertretungsmacht begangene, zum Schadensersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zugefügt haben. Diese Haftpflicht bezieht sich aber nur auf solche Handlungen, welche ein Beamter in Ausübung der ihm in privatrechtlichen

---

[41] Anhalt. A.-G. zum B.-G.-B. Art 29; Lübeck §§ 60, 62; Reuss ä. L. § 67; Reuss j. L. § 37; Sachsen-Coburg Art. 17; Sachsen-Meiningen Art. 12.

Verhältnissen zustehenden Vertretungsmacht begeht. Die Frage, ob und inwieweit der Staat und die Gemeinden für den Schaden einzustehen haben, den ein Beamter als Träger öffentlicher Machtbefugnisse den der Amtsgewalt Unterworfenen oder Dritten zufügt, hat das Bürgerliche Gesetzbuch nicht geregelt. Vielmehr wurde von der II. Kommission beschlossen, im Art. 56 (jetzt 77) Einf.-G. ausdrücklich zu formulieren, dass die landesgesetzlichen Vorschriften über die Haftung des Staates, der Gemeinden und anderer Kommunalverbände für den von ihren Beamten in Ausübung der denselben anvertrauten öffentlichen Gewalt einem Dritten zugefügten Schaden unberührt bleiben[42].

II.

Nur die Haftung der Reichsbeamten war im Deutschen Reich einheitlich geregelt: nach § 13 des Ges. vom 31. März 1873 sind sie für die Gesetzmässigkeit ihrer Handlungen verantwortlich. Nach den Ausführungen LABAND's[43] kann kein Zweifel mehr sein, dass es sich im § 13 um die civilrechtliche Verantwortlichkeit handelt, obwohl (trotz § 154) auch die entgegengesetzte Ansicht vertreten wird. Auch die Kommission für die II. Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuchs stand auf dem LABAND'schen Standpunkt[44], und im Plenum des Reichstags berief man sich beim Beamtenparagraphen nochmals auf denselben[45]. Die Regelung des Reichsbeamtengesetzes bezieht sich aber nur auf die Fälle der Kompetenzüberschreitung oder pflichtwidrigen Unterlassung von Amtshandlungen. Für den Fall da gegen, dass der Beamte nicht sowohl das Gesetz als die ihm obliegende Sorgfalt verletzt, bestimmt das Reichsbeamtengesetz nichts; da kommen nach § 19 die Sätze des für die Rechts-

[42] Prot. S. 8395.
[43] A. a. O. Bd. I S. 434.
[44] Prot. II S. 662.
[45] Stenogr. Ber. 1896 S. 2855 ff.

stellung des betreffenden Reichsbeamten massgebenden Partikularrechts zur Anwendung.

Von den neueren Gesetzgebungswerken enthalten u. a. der Code civil wie auch das schweizerische Obligationenrecht und das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch neben den allgemeinen Bestimmungen über die Haftung aus unerlaubten Handlungen keine besonderen Bestimmungen über die Beamtenhaftung. Andere Kodifikationen, wie z. B. das Preussische Allgemeine Landrecht, haben dagegen die privatrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten wegen Verletzung der Amtspflicht ganz allgemein geregelt. Diesen letzteren ist das Bürgerliche Gesetzbuch gefolgt. Es handelt von der Haftung der Beamten für einen von ihnen in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden in den §§ 839, 841, 1674, 1848.

Die allgemeinen Vorschriften über die Schadensersatzpflicht aus widerrechtlichen Handlungen sind enthalten in § 823. Aus ihm ergiebt sich für die Vertretung des aus einem Beamtendelikt entstandenen Schadens, dass der Beamte, dessen Amtsführung vorsätzlich oder fahrlässig das Recht eines Anderen widerrechtlich verletzt oder gegen ein den Schutz eines Anderen bezweckendes Gesetz verstösst, dem Anderen für den dadurch verursachten Schaden ersatzpflichtig ist. Nun giebt es aber Verletzungen der Amtspflicht, die weder unter die eine noch die andere dieser Gruppen fallen. Hier ist zu prüfen, ob die verletzte Dienstpflicht nur dem Staat oder zugleich auch dem Publikum gegenüber oblag. Durch Verletzung der Dienstvorschrift verletzt der Beamte „die ihm gesetzlich obliegende Amtspflicht“; dem Dritten aber wird er nur haftpflichtig, wenn die Dienstpflicht durch die Dienstvorschrift ihm dem Dritten gegenüber auferlegt war, indem dann eine rechtswidrige Handlung im Sinne des § 823 II, Verletzung eines absoluten Verbots, vorliegt. Wegen dieser dritten Gruppe von Widerrechtlichkeiten konnte es bei den allgemeinen Bestimmungen des § 823 nicht sein Bewenden haben. Die Be-

tonung der dem Beamten Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht schien dem Verf. des I. Entwurfs nach den Motiven notwendig, um einerseits die Verletzung blosser Ordnungsvorschriften auszuscheiden, andererseits um den Begriff der Widerrechtlichkeit des prinzipiellen § 823 für Beamtenhaftung genauer festzustellen. Der generellen Vorschrift des § 823 gegenüber bestimmt die besondere des § 839 I, dass der Beamte haftet, wenn er (vorsätzlich oder fahrlässig) eine Amtspflicht verletzt, die ihm nicht nur dem Dienstherrn, sondern auch dem Dritten gegenüber auferlegt ist[46].

Im Anschluss an das Preussische Allgemeine Landrecht lässt das Bürgerliche Gesetzbuch bei fahrlässiger Verletzung der Amtspflicht die Haftung des Beamten nur subsidiär, d. h. nur für den Fall eintreten, dass der Geschädigte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag (§ 839 I II). Ferner ist die Ersatzpflicht der Beamten in den Fällen des § 839 I II im Einklang mit dem Sächs. G.-B. §§ 1506, 1507 ausgeschlossen, wenn der Beschädigte es vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch den Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden (Abs. 3). Die ursprüngliche Fassung enthielt die Worte „vorsätzlich oder fahrlässig“ nicht; zu ihrer Einfügung führte die Erwägung, dass man gerechterweise dem Verletzten den Schaden nur dann auflegen dürfe, wenn ihn hinsichtlich der Nichteinlegung des Rechtsmittels ein Verschulden treffe[47]. Ein anderer Fall ist der, dass bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt hat. Da kommt § 254 zur Anwendung.

Nach der Bestimmung des § 839 I hätte auch der Spruchrichter jede auf Fahrlässigkeit beruhende Pflichtverletzung zu ver-

---

[46] Denkschrift zum Recht der Schuldverhältnisse, MUGDAN S. 1232. — HAIDLEN, B. G.-B. nebst E.-G. mit Motiven 1897. — SCHOLZ in der Jurist. Ztschr. für Elsass-Lothringen 22. Jahrg. 1897 S. 366 ff. — Monatsschrift für deutsche Beamte 13. Jahrg. 1889 S. 143 ff.

[47] Reichstags-Kom.-Ber.

treten. Die in seiner Amtspflicht liegende Sorgfalt besteht sowohl dem Staate als auch dem Rechtsuchenden gegenüber. Mit der Unabhängigkeit der Gerichte und den Grundsätzen über die Rechtskraft hielt man es aber für nicht vereinbar, den Spruchrichter für jedes Versehen haftbar zu machen. Deshalb bestimmte der Entwurf in Uebereinstimmung mit dem preussischen Recht, dass der Richter, soweit es sich um die Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache handelt, nur verantworlich sein sollte, wenn er das Recht gebeugt oder eine sonstige mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden Strafe bedrohte Pflichtverletzung begangen hätte. Auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes sollte diese Vorschrift keine Anwendung finden[48]. Durch diese vom Entwurf gewählte Fassung wurde also die eigentlich richterliche der sonstigen Thätigkeit des Richters, wie Registerführung, Justizverwaltungsgeschäfte etc., entgegengesetzt. In der zweiten und dritten Beratung im Plenum des Reichstags kam die Immunität der Richter wieder zur Sprache, und man nahm die von Gröber beantragte Fassung an, nach der die Sonderstellung des Richters, „das Privilegium für Pflichtverletzungen im Amte“, auf das möglichst enge Mass eingeschränkt werden sollte, d. h. den Vorschlag, die Worte „Leitung und Entscheidung“ zu ersetzen durch „Urteil“. Die Ausnahmestellung des Richters beschränkt sich also in Strafsachen auf Endurteile, in Civilsachen auf End-, Teil- und Zwischenurteile; sie besteht nicht bei der Leitung der Verhandlung und bei der Erlassung derjenigen Entscheidungen, die nicht Endurteile sind; für eine in jenen begangene Fahrlässigkeit kann er haftbar gemacht werden.

Die Pflichtverletzung kann auch von einem Kollegialgericht ausgegangen sein. Hier fragt es sich, ob nur die schuldigen Mitglieder oder alle diejenigen, die an der betreffenden Ver-

[48] Denkschrift.

fügung beteiligt waren, sollen haftbar gemacht werden können. Auf dem letzteren Standpunkt steht, allerdings mit Modifikationen, das Preussische Allgemeine Landrecht[49]. Nach den meisten neueren Gesetzgebungen haften dagegen in Gemässheit der allgemeinen Grundsätze immer nur die schuldigen Beamten, indem wegen der Haftung von Mitgliedern eines Kollegiums besondere positive Vorschriften nicht gegeben sind[50]. Dem Vorgang dieser ist das Bürgerliche Gesetzbuch gefolgt. Das Verhältnis mehrerer ersatzpflichtiger Beamten zu einander regelt sich nach § 840 I. Es haften hiernach die schuldigen Mitglieder des Kollegiums und nur sie als Gesamtschuldner[51].

Unter Beamten im Sinne des § 839 II sind richterliche Beamte im weiteren Sinne zu verstehen, also auch Verwaltungsbeamte, die ein richterliches Erkenntnis abzugeben haben, mit anderen Worten diejenigen Beamten, die, ohne Richter im engeren Sinne zu sein, Rechtssachen zu entscheiden haben[52]. Auf den Vormundschaftsrichter finden § 839 I und III Anwendung (§§ 1848, 1674). Schöffen, Geschworene, Schiedsrichter und Handelsrichter sind keine Beamte; für sie verbleibt es bei den Vorschriften des § 823. Das Bürgerliche Gesetzbuch setzt den Begriff des Beamten, von dem es auch in den §§ 411, 570, 1315, 1784, 1888 spricht, als feststehend voraus; er ist daher aus dem öffentlichen Recht zu entnehmen.

Hat ein Beamter vermöge seiner Amtspflicht einen Anderen zur Geschäftsführung für einen Dritten zu bestellen oder eine solche Geschäftsführung zu beaufsichtigen oder durch Genehmigung von Rechtsgeschäften bei ihr mitzuwirken, so haften dem

---

[49] II, S. 10 § 127 ff.

[50] Vgl. Sächs. G.-B. §§ 1506, 1507; Zür. G.-B. § 1858; Entw. eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über die Schuldverhältnisse, Dresden 1866 Art. 1029. — Haidlen.

[51] Denkschrift. — Vgl. Scholz a. a. O. S. 374.

[52] Reichstags-Kom.-Ber.

beschädigten Dritten gegenüber der seine Amtspflicht verletzende Beamte und sein Geschäftsführer nebeneinander; in ihrem Verhältnis zu einander aber ist der Andere allein verpflichtet (§ 841). Landesgesetzliche Vorschriften aber, nach denen die Beamten für die von ihnen angenommenen Stellvertreter und Gehilfen in weiterem Umfange als nach § 841 haften, bleiben unberührt (Einf.-G. Art. 78).

III.

Schon bei der Beratung des § 89 wurde erwogen, ob es angängig und ratsam sei, im Bürgerlichen Gesetzbuch zu entscheiden, ob der Staat und die öffentlich-rechtlichen Korporationen für den Schaden zu haften haben, den Beamte in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt Dritten zufügen. Die Kommission für die II. Lesung des Entwurfs erklärte die Uebernahme der Haftung durch den Staat „für den an sich angemessensten Weg, zu einem wirksamen Schutze des Dritten zu gelangen". Der XII. Kommission lagen zu einem 4. Absatz des § 839 zwei Anträge vor, wovon der erste subsidiäre, der zweite prinzipale Haftung des Staats neben dem schädigenden Beamten verlangte. In der I. Lesung der Kommission wurde der Antrag der subsidiären Staatshaftung mit Majorität angenommen, in der II. lediglich durch das Fehlen zweier Mitglieder dieser Beschluss wieder umgestossen. Und noch einmal brachte die zweite Beratung im Plenum einen Antrag auf prinzipale Staatshaftung; er wurde abgelehnt. In der Beamtenhaftpflicht wurden noch verschiedene kleinere Aenderungen vorgenommen, bis der § 839 in seiner jetzigen Gestalt aus den Debatten hervorging; bezüglich der Staatshaftung blieb das einzige Ergebnis die Beschliessung der von Enneccerus vorgeschlagenen Resolution, in der die Erwartung ausgesprochen wird, dass die Regierung die gesetzliche Regelung der Haftung des Staats für die Reichsbeamten in Angriff nehmen werde[53]. So politisch in-

[53] Mugdan Bd. II, S. 1386.

teressant und für die Stellung der verschiedenen Parteien zur Staatsgewalt bezeichnend diese Kommissions- und Plenarverhandlungen auch waren, juristisch brauchbares Material haben sie sehr wenig geliefert. Die Antragsteller erklärten entweder die Frage direkt für eine privatrechtliche oder operierten doch durchweg mit privatrechtlichen Vorstellungen und Begriffen. „Wo in der Welt“ gebe es „im geschäftlichen Leben oder sonst“ einen anderen Grundsatz als den der Haftung für die Stellvertretung! Der Sozialismus fand Gelegenheit, auf die mammonistische Seite des Freisinns hinzuweisen, der wohl bei Eingriffen des Staats in das Eigentum, nicht aber bei solchen in die Freiheit die Haftpflicht verlange. Eine Haftung aber, und zwar eine prinzipale, folge „ohne weiteres aus der Idee des Rechtsstaats“. Die Regierung behauptete, ohne allen Zweifel mit Recht, die staatsrechtliche Natur der Frage. Nach der allein sicherführenden Unterscheidung von Staats- und Privatrecht, der nach der Verschiedenheit der Subjekte, ist Privatrecht dasjenige, welches die Beziehungen der Einzelnen zu einander, Staatsrecht das, welches die Verhältnisse der menschlichen Gemeinwesen, d. h. die Herrschaft des Gemeinwesens über die Einzelnen, regelt. Weil aber der Staat als Fiskus nach einem längst allgemein und auch im Bürgerlichen Gesetzbuch anerkannten Satz der Herrschaft des Privatrechts untersteht, entscheidet sich die Frage, ob der Fiskus für Rechtswidrigkeiten seiner Beamten in privatrechtlicher Vertretungsmacht haftet, nach civilrechtlichen Grundsätzen. Der Staat als Fiskus steht mit gleichen Rechten und Pflichten mitten im Rechtsverkehr der Privaten, weil er sich im Laufe der Zeit hineingestellt hat und hineingedrängt wurde. In der Ausübung der Staatsgewalt aber tritt er als Gemeinwesen den Einzelnen als seiner Gewalt Unterworfenen gegenüber. Privatrechtliche Sätze sind hier an sich, und ohne dass der Staat es will, unanwendbar. Ob man aber nicht dennoch gut daran gethan hätte, eine so dringend nötige Regelung wie die der Haftung des Staats trotzdem im Bürgerlichen

Gesetzbuch vorzunehmen, ist eine andere Frage. Erklärte man sich aber prinzipiell dagegen, dann hätte man auch den Art. 77 Einf.-G. nicht aufnehmen dürfen. Und was die Kompetenz der Reichsgesetzgebung betrifft, so braucht man nur auf die Regelung der Haftung des Staats in Grundbuchsachen zu verweisen. Es handelt sich bei solchen Normierungen allerdings um einen Druck gegen die einzelnen Regierungen; die Bedenken aber, die verbündeten Regierungen würden jedenfalls nur dann mit der reichsrechtlichen Regelung einverstanden sein, wenn es sich um eine in der Hauptsache zweifelsfreie Angelegenheit handeln würde, stellten sich durch die in den Ausführungsgesetzen ausgesprochene Haftübernahme als übertrieben heraus. Einzelne Staaten sprachen von Bedenken der Gesamtheit, während sie nur, wegen eigener Bedenken, freie Hand behalten wollten. Auch die Hinweise auf die Gefahren bei der Verschiedenheit der Verhältnisse in den einzelnen Ressorts und in der Staats- und Gemeindeverwaltung eine einheitliche Regelung vorzunehmen, und auf die Schwierigkeit, eine gerechte und zweckmässige Anordnung zu schaffen, genügen, so berechtigt und wahr sie im einzelnen auch sein mögen, noch nicht, um ein Prinzip, wenn es als richtig erkannt ist, an sich zurückzuweisen. Die Resultate hat erst die Praxis zu zeigen.

Der Wert dessen, was das Bürgerliche Gesetzbuch für unsere Frage durch die Regelung der Haftpflicht des Fiskus und der Ersatzpflicht der Beamten positiv geschaffen, darf nicht unterschätzt werden. War auch die erstere im Prinzip längst anerkannt, so ward durch das Gesetzbuch die Haftung der Korporation aus Delikten des Vorstandes zu einer Haftung aus Delikten jedes verfassungsmässig berufenen Vertreters erweitert. Und die Bestimmungen über die Beamtenhaftpflicht bedeuten eine einheitliche Normierung einer nur vereinzelt und da abweichend geregelten Materie. Wird man aber auch bedauern, dass das Bürgerliche Gesetzbuch durch die verschiedensten Be-

denken nicht zur Festsetzung der staatlichen Haftung gelangt ist, so hat es doch den Einzelstaaten die Gelegenheit und den Anstoss dazu gegeben und zwar trotz der grossen Latitüde, die es gelassen, in einer ganz bestimmten Richtung.

Die Ausführungsgesetze.

Die landesgesetzlichen Vorschriften stellen sich dar als durch die Art. 77, 78 und 218 Einf.-G. erlaubte Modifikationen des § 839. Der Spielraum, der der Landesgesetzgebung gelassen wurde, wird nur durch zwei Sätze umschränkt. Einmal gelten ihre Festsetzungen nur, soweit reichsgesetzlich nichts anderes bestimmt ist. Ferner können natürlich die Partikularrechte den § 839 nicht so modifizieren, dass der Beschädigte weder den Beamten noch den Staat um Entschädigung angehen kann. Alles andere ist der Landesgesetzgebung überlassen. Sie kann die Kategorien der Beamten, die Art der Geschäfte, die Deliktsarten bestimmen, für welche der Staat haften soll; sie kann seine Haftung nur gegenüber Inländern festsetzen und die Ausländer überhaupt oder bedingt ausschliessen; sie kann die Haftpflicht des Staats direkt versagen oder sie subsidiär nach dem fruchtlos in Anspruch genommenen, prinzipal verpflichteten Beamten eintreten lassen; sie kann sie als eine prinzipale normieren und zwar entweder solidarisch mit dem Beamten oder an des Beamten Stelle und unter dessen Subsidiarhaftung; endlich auch an Stelle des Beamten unter Ausschluss der Haftung des letzteren (Art. 77, 2) und dem Staat entweder den Regressanspruch gegen den Beamten geben (G.-B.-O § 12) oder ihn versagen[54]. Der Einzelstaat kann also sämtliche nach § 839 auf den Beamten abzielende Wirkungen von diesem ab und auf sich überlenken.

---

[54] Im Interesse des raschen und unbeirrten Funktionierens der polizeilichen Organe, Prot. S. 8858. — J. v. Staudinger und Genossen, Kommentar 1900 Bd. VI E.-G. von Jos. Wagner. — A. Niedner, Das E.-G. vom 18. Aug. 1896, Berlin 1890.

Dann trifft ihn die volle direkte Ersatzverbindlichkeit, wie sie, wenn er nichts bestimmt, den Beamten trifft. Stellt er sich dabei aber besser als der Beamte nach § 839 gestellt ist, dann tritt in diese Lücke der Beamte ein, und beide haften solidarisch. Die Partikularrechte können also die Unterthanen nicht schlechter, wohl aber — durch höhere Garantiebietung — besser stellen.

Eine Reihe von Einzelstaaten haben in ihren Ausführungsgesetzen zum Bürgerlichen Gesetzbuch Stellung zur Haftpflicht des Staates genommen und dieselbe in der verschiedensten Weise geregelt.

Anhalt[55] und die beiden Mecklenburg[56] erkennen eine Staats- oder Kommunalhaftung nur insoweit an, als sie durch Reichs- oder Landesgesetze vorgeschrieben ist. In Bayern[57], Württemberg[58], Baden[59], Reuss j. L.[60] und Sachsen-Coburg[61] trifft an Stelle des in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt unter vorsätzlicher oder fahrlässiger Verletzung seiner Amtspflicht einen Dritten schädigenden Beamten dem Dritten gegenüber die im § 839 B. G.-B. bestimmte Verantwortlichkeit den Staat oder den Verband, in dessen Dienst der Beamte steht. Soweit der Staat den Beschädigten befriedigt, geht die Forderung auf den Staat über[62]. Die Vorschriften des § 852 B. G.-B. finden mit der Massgabe Anwendung, dass die dreijährige Verjährungsfrist mit dem Zeitpunkte beginnt, in dem die Ersatzpflicht des Staates oder des Verbandes dem Beschädigten gegenüber anerkannt oder rechtskräftig festgestellt ist[63]. In Reuss j. L. ist der Staat, wenn er hat zahlen müssen, berechtigt, von dem

---

[55] A.-G. zum B. G.-B. Art. 32 I.

[56] Mecklenburg-Schwerin A.-V. § 49 I, Mecklenburg-Strelitz A.-V. § 48.

[57] Art. 60 I. [58] Art. 202 I. [59] Art. 5 I. [60] § 48 I.

[61] Art. 18 § 1 I.

[62] Württemberg Art. 203, Baden Art. 5 IV, Bayern Art. 60 III.

[63] Bayern Art. 60 III 2, Reuss j. L. § 48 II 2.

Beamten Ersatz zu verlangen[64], in Sachsen-Coburg aber dazu verpflichtet, wenn die Handlung des Beamten auf Arglist oder grober Fahrlässigkeit beruht[65]. In Bayern[66] und Württemberg[67] tritt die Verantwortlichkeit des Staates ausserdem ein, wenn die Haftung des Beamten nur deshalb ausgeschlossen ist, weil der Beamte die Amtspflicht im Zustand der Bewusstlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschliessenden Zustand krankhafter Störung der Geistesthätigkeit verletzt hat. Für den Schaden aber, der daraus entsteht, dass der Beamte bei einem Urteile in einer Rechtssache die Amtspflicht verletzt, ist der Staat oder der Verband in diesem Falle nach bayrischem Recht[68] nicht verantwortlich.

In Hessen[69], Reuss ä. L.[70], Sachsen-Weimar[71], Schwarzburg-Sondershausen[72], und Elsass-Lothringen[73] haftet der Staat oder Kommunalverband wie ein Bürge, soweit der Ersatz von dem Beamten nicht zu erlangen ist.

Nach den Ausführungsgesetzen von Bayern[74], Württemberg[75], Baden[76], den beiden Mecklenburg[77], den beiden Reuss[78][79], Anhalt[80], Schwarzburg-Sondershausen[81], Sachsen-Weimar[82] und Elsass-Lothringen[83] kann Ausländern, d. h. Angehörigen ausserdeutscher Länder, die Entschädigung verweigert werden, wenn nicht nachgewiesen ist, dass in dem Heimatstaate des Beschädigten eine entsprechende Haftung Deutschen (in Reuss j. L. den Angehörigen des Fürstentums) gegenüber anerkannt ist. Sie braucht also in diesen Staaten nicht verweigert zu werden, während in Hessen[84] und in Sachsen-Coburg[85], das auch statt von Ausländern von Nichtstaatsangehörigen spricht, die Haftung

[64] § 48 II 1. [65] Art. 18 § 1 II [66] Art. 61 I.
[67] Art. 202 II. [68] Art. 61 II. [69] Art. 78 I.
[70] § 69 I. [71] § 91 I. [72] Art. 19 § 1. [73] § 40 I.
[74] Art. 60 II. [75] Art. 202 III. [76] Art. 5 VI.
[77] § 49 III und § 48 III. [78] § 48 IV. [79] § 69 III.
[80] Art. 32 II. [81] Art. 19 § 5. [82] § 91 II. [83] § 40 II.
[84] Art. 80. [85] Art. 18 § 3.

nur insoweit eintritt, als die Gegenseitigkeit verbürgt ist. Eine weitere Verschiedenheit besteht darin, dass von den den Staat prinzipal haftbar erklärenden Gesetzen diejenigen von Baden, Reuss j. L. und Sachsen-Coburg vom fremden Staat auch prinzipale Haftung verlangen, Bayern und Württemberg sich dagegen mit einer wenigstens aushilfsweisen Haftung des Staats Deutschen gegenüber begnügen.

Das sind generelle Regelungen für alle Beamten. Es giebt aber auch besondere Vorschriften und zwar reichsrechtliche (hinsichtlich der Grundbuchbeamten) und landesrechtliche (wie bezüglich der Notare und Gerichtsvollzieher). Besonders in Betreff der letzteren weichen die einzelnen Staaten von einander ab. Nach dem bayrischen Notariatsgesetz vom 9. Juni 1899[86] haftet der Staat für den Notar und den Notariatsverweser wie für alle Beamten, also nach Art. 60, 61 Ausf.-G. zum B. G.-B. prinzipal. Der Notar oder der Notariatsverweser hat dem Staat nach Art. 60 IV Ausf.-G. den Schaden zu ersetzen, der dem Staat aus der Verletzung der Amtspflicht erwächst. Für den hiernach vom Notariatsverweser dem Staat zu ersetzenden Schaden haftet dem Staate neben dem Notariatsverweser der Notar nach Massgabe des Art. 115 Not.-G., d. h. beide haften als Gesamtschuldner, im Verhältnis zwischen ihnen ist aber der Verweser allein verpflichtet. Der bayrische Staat haftet aber nicht für den Schaden, den ein Notar oder Notariatsverweser in Ausübung des Amtes eines Testamentsvollstreckers dem Dritten zugefügt hat[87]. Bei den Amtsgeschäften der bayrischen Gerichtsvollzieher besteht prinzipale Staatshaftung auch für Pflichtverletzung gegenüber dem Auftraggeber[88]. Im Gegensatz zu Bayern schliesst Hessen die Staatshaftung aus für Handlungen von Beamten, die ausschliesslich auf den Bezug von Gebühren

---

[86] Art. 126. [87] Not.-G. Art. 126 III.
[88] A.-G. zum B. G.-B. Art. [illegible]

angewiesen sind, insbesondere von Notaren und Gerichtsvollziehern; ebenso Sachsen-Coburg, Reuss ä. L. und Schwarzburg-Sondershausen, letzteres aber unter Normierung der Haftung für die das Gerichtsvollzieheramt wahrnehmenden Personen, jedoch im Einzelfall nicht über den Betrag von 300 Mark hinaus.

Eine besondere reichsrechtliche Vorschrift ist gegeben im § 12 R.-Grundb.-O., wonach bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Amtspflichtverletzung des Grundbuchbeamten den Beteiligten gegenüber die im § 839 B. G.-B. bestimmte Verantwortlichkeit an Stelle des Beamten den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht, trifft, die aber wieder ein Rückgriffsrecht gegen den Beamten haben. Hier ist also unter Ausschluss der Ansprüche des Beschädigten gegen den Beamten die prinzipale Haftung des Staates anerkannt. Von dem Rückgriffsrecht gegen den Beamten haben die meisten Staaten in ihren Ausführungsgesetzen zur Grundbuchordnung oder zum Bürgerlichen Gesetzbuch Gebrauch gemacht; nach der Befriedigung des Beschädigten durch den Staat geht die Forderung auf den Staat über[89]. In Elsass-Lothringen existiert ein Rückgriffsrecht nur bei grobem Versehen, in Bremen kann der Senat bei einem leichten Verschulden des Beamten den Ersatzanspruch des Staats ermässigen oder anordnen, dass der Ersatzanspruch nicht geltend gemacht werden soll[90].

---

[89] A.-G. zur G. B.-O. Anhalt Art. 9, A.-G. zur G.-B.-O. Hessen Art. 21, A.-G. zur G.-B.-O. Hamburg § 34, A.-G. zur G. B.-O. Lippe § 11, A.-G zur G.-B.-O. Reuss ä. L. § 12, A.-G. zur G.-B.-O. Reuss j. L. § 6, A.-G. zur G.-B.-O. Elsass-Lothr. § 8, A.-G. zur G.-B.-O. Sachsen-Meinigen Art. 10, A.-G. zur G.-B.-O. Preussen Art. 8, A.-G. zur G.-B.-O. Braunschweig § 6, A.-G. zur G.-B.-O. Bremen § 10, A.-G. zur G.-B.-O. Sachsen-Weimar § 16. Verordnung zur Ausführung des B. G.-B. Mecklenb.-Schwerin § 79, Verordnung zur Ausführung des B. G.-B. Mecklenb.-Strelitz § 77. A.-G. zum B. G.-B. Baden Art. 5 IV, A.-G. zum B. G.-B. Elsass-Lothr. § 12, A.-G. zum B. G.-B. Sachsen-Coburg Art. 18 § 2, A.-G. zum B. G.-B. Württemberg Art. 302 2, A.-G. zum B. G.-B. Schaumburg-Lippe § 16.

[90] § 10 II, vgl. Hamburg § 34.

Resultate.

Wie man an diesen Citaten der einzelstaatlichen Gesetzgebung, — die übrigens keinen Anspruch auf Vollständigkeit machen, sondern vor allem zur Charakterisierung dienen sollen —, ersieht, ist also nicht allein, wie oben dargethan, kein gemeines, sondern auch nicht einmal gemeinsames Recht geschaffen worden. Der Einfluss der Theorien auf das Bürgerliche Gesetzbuch tritt in § 839, der der Landesgesetzgebung den grössten Spielraum gelassen, deutlich hervor. Ebenso deutlich aber zeigt sich der Einfluss des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf die Landesgesetzgebung. Die Fälle des Beamtenparagraphen sind immer zur Grundlage der öffentlich-rechtlichen Entschädigung gemacht worden. Wenn auch die Ansicht vertreten wurde, der Art. 77 Einf.-G. begreife nicht allein die Fälle widerrechtlicher, mit Verletzung der Amtspflicht verbundener Schadenszufügung, sondern auch diejenigen, wo ohne solche Pflichtverletzung Schaden verursacht wird, — was aber in Anbetracht der Kopulative II des Artikels sehr unwahrscheinlich ist —, so haben sich doch die eine Haftung einführenden Ausführungsgesetze auf die Fälle des § 839 beschränkt. Auch sind die Fälle der im öffentlichen Interesse erfolgenden Entziehung, Beschädigung oder Benutzung einer Sache, Beschränkung des Eigentums und Entziehung oder Beschränkung von Rechten hiervon getrennt. Art. 109 Einf.-G. hat die Gesetzgebung über solche Eingriffe und über die deshalb zu gewährenden Entschädigungen der Landesgesetzgebung überlassen. Der Gesetzgeber trennt also rechtswidrige und rechtmässige Schädigungen durch die öffentliche Gewalt.

Wo der Staat die primäre Haftpflicht übernommen, haftet er an Stelle des Beamten und unter denselben Voraussetzungen wie der Beamte, also auch dann nicht, wenn dieser, wie im Fall des § 839 III, nicht ersatzpflichtig wird. Ebenso findet auf den Staat der § 852 B. G.-B. über die Verjährung des Schadens-

ersatzanspruches Anwendung, und endlich der § 11 Einf.-G. zum G.-V.-G. bezüglich der Vorentscheidung der Verwaltungsbehörde.

Bei Normierung der subsidiären Haftung hat der Staat die Stellung eines Bürgen. Er kann daher nach § 771 B. G.-B. die Befriedigung des Geschädigten verweigern, solange dieser nicht eine Zwangsvollstreckung gegen den Beamten ohne Erfolg versucht hat. Ferner geht nach § 774, soweit der Staat den Beschädigten befriedigt, dessen Forderung gegen den Beamten auf ihn über.

Wo der Staat in seinem Ausführungsgesetz eine Haftung nur insoweit anerkennt, als sie durch Reichs- oder für gewisse Fälle durch Landesgesetz vorgeschrieben ist, lehnt er damit ausdrücklich eine allgemeine Haftpflicht ab und hebt ein eventuelles Gewohnheitsrecht auf.

In den Staaten, deren Ausführungsgesetze überhaupt nichts bestimmen, wird dem Beschädigten, der nach fruchtloser Ausklagung des Beamten sich unter Behauptung eines Gewohnheitsrechts an den Staat wendet, wenn der Nachweis gelingt, der Staat haften müssen, da das Gewohnheitsrecht hier durch keine gesetzliche Vorschrift aufgehoben ist. Gelingt der Nachweis nicht, oder behauptet der Geschädigte überhaupt kein Gewohnheitsrecht, so wird nur der Beamte und nicht der Staat haften. Die Frage der Haftung des Staats ist eine öffentlich-rechtliche; privatrechtliche Konstruktionen sind hier nicht erlaubt, weil der Staat sich hier nicht auf den Boden des Privatrechts gestellt hat. Wohl aber ist in denjenigen Staaten, die in ihren Ausführungsgesetzen im Anschluss an § 839 die Haftung ausgesprochen haben, die Ersatzpflicht des Staats eine privatrechtliche [91].

Die Schadensersatzpflicht des Beamten ist eine privatrecht-

---

[91] Rehm a. a. O.

liche. Sie ist aber keine „privatrechtliche Folge eines öffentlichrechtlichen Vorganges“, sondern eine privatrechtliche Ersatzpflicht für Privatrechtsverletzung. Es giebt Dienstpflichten, die dem Beamten nur dem Staate gegenüber auferlegt sind. Diese können auch nur dem Staate gegenüber verletzt werden. Schädigt der Beamte hierbei einen Dritten, so kann er dies nicht in Erfüllung, sondern nur bei Gelegenheit der Erfüllung seiner Amtspflicht thun; darauf aber findet § 839 keine Anwendung. Damit dem Dritten ein Ersatzanspruch erwachse, muss es sich um die Verletzung einer dem Beamten auch dem Dritten gegenüber auferlegten Amtspflicht handeln; ferner aber muss diese Pflichtverletzung zu einer Vermögensbeschädigung geführt haben, und zwar zu einer den civilrechtlichen Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht entsprechenden. Nach den Ausführungsgesetzen tritt der Staat bald an Stelle des Beamten und erleidet die Konsequenzen des § 839, bald hat er die Stellung eines Bürgen und untersteht dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Die Ersatzpflicht des Staates ist privatrechtlicher Natur wie der Ersatzanspruch des Geschädigten.

Dass die Abfassung eines Civilgesetzbuchs die Veranlassung zur Regelung der Haftung des Staates gab und dass diese Normierung im Anschluss an einen Paragraphen dieses Gesetzbuchs erfolgte, ist, wie sie der Grund zur Sonderung der Fälle der rechtmässigen und rechtswidrigen Eingriffe der öffentlichen Gewalt war, auch der Grund, dass der Staat sich hier dem Privatrecht unterstellt, wie er es als Fiskus schon längst gethan hat. Zwar möchte diese Lösung, bei diesem einen Ausschnitt aus dem Gebiet der öffentlichen Verwaltung, beim ersten Blick auffällig und inkonsequent erscheinen. Man muss aber bedenken, dass es sich hier nicht um die vom Staate des öffentlichen Wohles, Interesses oder der Selbsterhaltung wegen gewollten Eingriffe in die Privatrechtssphäre, sondern um die von ihm selbst seinen Beamten verbotenen und mit Strafe bedrohten

Fälle handelt, in denen er seinen Unterthanen für das Fehlgehen der Verwaltung Garantie bietet.

Es ist ein Stück aus dem „Prozess steigender Gewähr der Festigung des öffentlichen Rechts und der Erfüllung der auf ihm ruhenden individuellen Forderungen an den Staat“ [92], das uns in dieser Form entgegentritt.

---

[92] JELLINEK, Das Recht des modernen Staates, Bd. I Allg. Staatslehre 1900 S. 726.

Das Kaiserliche Heer.

Studie zur Geschichte der Verfassungsentwickelung in Deutschland.

Von

Dr. OTTO BIELEFELD, Amtsrichter in Tauberbischofsheim.

I. Wer die Reichsverfassung als ein politisches und staatsrechtliches Meisterwerk Bismarcks, als ein Muster patriotischer Mässigung, wissenschaftlicher Originalität und praktischer Jurisprudenz anerkennt, wird ihrem Schöpfer zustimmen, dass es die Aufgabe des heranwachsenden Geschlechts ist, sie auszubauen. Denn ihm muss die eigene Ueberlegung und das überzeugende Wort des Eisernen Kanzlers mit zwingender Gewalt die Einsicht eröffnen, dass der Bau der deutschen Einheit im Jahre 1871 wohl unter Dach kam, aber noch mancher inneren Arbeiten bedurfte, um dem als Gesamtheit wirtschaftlich und geistig wachsenden Volke ein geschütztes und behagliches Heim zu bieten. Heute sind wir gegen die Aussenwelt hinreichend gesichert und mit unseren Hausgenossen vertraut genug, um selbst an die Fundamente und Hauptmauern, an wesentliche Bestimmungen der Reichsverfassung, die bessernde Hand anlegen zu dürfen. Dabei kann das Ziel nicht die Verschiebung der Grundlagen und Machtverhältnisse, also weder eine Schwächung der Reichsgewalt noch eine solche Beschränkung der Selbständigkeit der einzelnen Bundes-

staaten sein, welche ihre Aufgabe als lebenskräftiger Bethätigungsformen der individualistischen deutschen Kultur erschweren würde, sondern in erster Reihe wird es sich darum handeln, praktische Bedürfnisse zu befriedigen und Widersprüche in der staatsrechtlichen Gestaltung zu beseitigen, die zwischen dem notgedrungenen Ergebnis der Kampfesjahre 1866—1871 und unseren heutigen, auf der Erfahrung eines Menschenalters beruhenden Anschauungen bestehen. Diese verlangen vor allem die Abschaffung des begrifflich sich widersprechenden und politisch unerfreulichen Zustands, dass in einem Bundesstaate, wie dem Deutschen Reiche, Hoheitsrechte nicht bloss von der Reichsgewalt und dem Einzelstaate innerhalb seines eigenen Gebiets, sondern auch von einem Einzelstaate im Gebiete des anderen oder im Zuständigkeitskreise des Reiches ausgeübt werden. Neben weniger auffallenden Erscheinungen dieser Art, wie dem Briefmarkenpartikularismus und gewissen Folgen des Uebergangs der Thurn und Taxis'schen Post an Preussen, der nationalpolitisch durchaus schädlichen preussisch-hessischen Eisenbahngemeinschaft und der Lächerlichkeit einzelstaatlicher Diplomatie im Auslande, bietet in erster Reihe die staatsrechtliche Regelung unseres Heeres ein schlimmes Bild systemwidriger und mit den Fortschritten des Einheitsgedankens unverträglicher Verteilung der Hoheitsrechte. Und gerade in diesem Teile des stolzen Verfassungsbaues, wo die hässliche Halbfertigkeit oft verletzend wirkt, ist eine Besserung deswegen leicht zu erreichen, weil es in der Hauptsache nicht der Abänderung, sondern gerade der Durchführung der bestehenden Gesetzesbestimmungen bedarf. Ist diese erst erfolgt, so werden die wünschenswerten Verfassungsfortbildungen auf keine ernsten Schwierigkeiten mehr stossen. Die staatsrechtliche Entwickelung unseres Heerwesens braucht aber heute sicherlich einen Anstoss. Denn ein juristischer Feinschmecker darf sich wohl „das ästhetische Vergnügen bereiten, zu erkennen, wie der Gegensatz der technisch-militärischen Erfordernisse und der staatsrechtlich-poli-

Dann trifft ihn die volle direkte Ersatzverbindlichkeit, wie sie, wenn er nichts bestimmt, den Beamten trifft. Stellt er sich dabei aber besser als der Beamte nach § 839 gestellt ist, dann tritt in diese Lücke der Beamte ein, und beide haften solidarisch. Die Partikularrechte können also die Unterthanen nicht schlechter, wohl aber — durch höhere Garantiebietung — besser stellen.

Eine Reihe von Einzelstaaten haben in ihren Ausführungsgesetzen zum Bürgerlichen Gesetzbuch Stellung zur Haftpflicht des Staates genommen und dieselbe in der verschiedensten Weise geregelt.

Anhalt[55] und die beiden Mecklenburg[56] erkennen eine Staats- oder Kommunalhaftung nur insoweit an, als sie durch Reichs- oder Landesgesetze vorgeschrieben ist. In Bayern[57], Württemberg[58], Baden[59], Reuss j. L.[60] und Sachsen-Coburg[61] trifft an Stelle des in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt unter vorsätzlicher oder fahrlässiger Verletzung seiner Amtspflicht einen Dritten schädigenden Beamten dem Dritten gegenüber die im § 839 B. G.-B. bestimmte Verantwortlichkeit den Staat oder den Verband, in dessen Dienst der Beamte steht. Soweit der Staat den Beschädigten befriedigt, geht die Forderung auf den Staat über[62]. Die Vorschriften des § 852 B. G.-B. finden mit der Massgabe Anwendung, dass die dreijährige Verjährungsfrist mit dem Zeitpunkte beginnt, in dem die Ersatzpflicht des Staates oder des Verbandes dem Beschädigten gegenüber anerkannt oder rechtskräftig festgestellt ist[63]. In Reuss j. L. ist der Staat, wenn er hat zahlen müssen, berechtigt, von dem

---

[55] A.-G. zum B. G.-B. Art. 32 I.
[56] Mecklenburg-Schwerin A.-V. § 49 I, Mecklenburg-Strelitz A.-V. § 48.
[57] Art. 60 I. [58] Art. 202 I. [59] Art. 5 I. [60] § 48 I.
[61] Art. 18 § 1 I.
[62] Württemberg Art. 203, Baden Art. 5 IV, Bayern Art. 60 III.
[63] Bayern Art. 60 III 2, Reuss j. L. § 48 II 2.

Beamten Ersatz zu verlangen[64], in Sachsen-Coburg aber dazu verpflichtet, wenn die Handlung des Beamten auf Arglist oder grober Fahrlässigkeit beruht[65]. In Bayern[66] und Württemberg[67] tritt die Verantwortlichkeit des Staates ausserdem ein, wenn die Haftung des Beamten nur deshalb ausgeschlossen ist, weil der Beamte die Amtspflicht im Zustand der Bewusstlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschliessenden Zustand krankhafter Störung der Geistesthätigkeit verletzt hat. Für den Schaden aber, der daraus entsteht, dass der Beamte bei einem Urteile in einer Rechtssache die Amtspflicht verletzt, ist der Staat oder der Verband in diesem Falle nach bayrischem Recht[68] nicht verantwortlich.

In Hessen[69], Reuss ä. L.[70], Sachsen-Weimar[71], Schwarzburg-Sondershausen[72], und Elsass-Lothringen[73] haftet der Staat oder Kommunalverband wie ein Bürge, soweit der Ersatz von dem Beamten nicht zu erlangen ist.

Nach den Ausführungsgesetzen von Bayern[74], Württemberg[75], Baden[76], den beiden Mecklenburg[77], den beiden Reuss[78] [79], Anhalt[80], Schwarzburg-Sondershausen[81], Sachsen-Weimar[82] und Elsass-Lothringen[83] kann Ausländern, d. h. Angehörigen ausserdeutscher Länder, die Entschädigung verweigert werden, wenn nicht nachgewiesen ist, dass in dem Heimatstaate des Beschädigten eine entsprechende Haftung Deutschen (in Reuss j. L. den Angehörigen des Fürstentums) gegenüber anerkannt ist. Sie braucht also in diesen Staaten nicht verweigert zu werden, während in Hessen[84] und in Sachsen-Coburg[85], das auch statt von Ausländern von Nichtstaatsangehörigen spricht, die Haftung

[64] § 48 II 1. [65] Art. 18 § 1 II [66] Art. 61 I.
[67] Art. 202 II. [68] Art. 61 II. [69] Art. 78 I.
[70] § 69 I. [71] § 91 I. [72] Art. 19 § 1. [73] § 40 I.
[74] Art. 60 II. [75] Art. 202 III. [76] Art. 5 VI.
[77] § 49 III und § 48 III. [78] § 48 IV. [79] § 69 III.
[80] Art. 32 II. [81] Art. 19 § 5. [82] § 91 II. [83] § 40 II.
[84] Art. 80. [85] Art. 18 § 3.

nur insoweit eintritt, als die Gegenseitigkeit verbürgt ist. Eine weitere Verschiedenheit besteht darin, dass von den den Staat prinzipal haftbar erklärenden Gesetzen diejenigen von Baden, Reuss j. L. und Sachsen-Coburg vom fremden Staat auch prinzipale Haftung verlangen, Bayern und Württemberg sich dagegen mit einer wenigstens aushilfsweisen Haftung des Staats Deutschen gegenüber begnügen.

Das sind generelle Regelungen für alle Beamten. Es giebt aber auch besondere Vorschriften und zwar reichsrechtliche (hinsichtlich der Grundbuchbeamten) und landesrechtliche (wie bezüglich der Notare und Gerichtsvollzieher). Besonders in Betreff der letzteren weichen die einzelnen Staaten von einander ab. Nach dem bayrischen Notariatsgesetz vom 9. Juni 1899[86] haftet der Staat für den Notar und den Notariatsverweser wie für alle Beamten, also nach Art. 60, 61 Ausf.-G. zum B. G.-B. prinzipal. Der Notar oder der Notariatsverweser hat dem Staat nach Art. 60 IV Ausf.-G. den Schaden zu ersetzen, der dem Staat aus der Verletzung der Amtspflicht erwächst. Für den hiernach vom Notariatsverweser dem Staat zu ersetzenden Schaden haftet dem Staate neben dem Notariatsverweser der Notar nach Massgabe des Art. 115 Not.-G., d. h. beide haften als Gesamtschuldner, im Verhältnis zwischen ihnen ist aber der Verweser allein verpflichtet. Der bayrische Staat haftet aber nicht für den Schaden, den ein Notar oder Notariatsverweser in Ausübung des Amtes eines Testamentsvollstreckers dem Dritten zugefügt hat[87]. Bei den Amtsgeschäften der bayrischen Gerichtsvollzieher besteht prinzipale Staatshaftung auch für Pflichtverletzung gegenüber dem Auftraggeber[88]. Im Gegensatz zu Bayern schliesst Hessen die Staatshaftung aus für Handlungen von Beamten, die ausschliesslich auf den Bezug von Gebühren

---

[86] Art. 126. [87] Not.-G. Art. 126 III.
[88] A.-G. zum B. G.-B. Art. 60 I 2.

angewiesen sind, insbesondere von Notaren und Gerichtsvollziehern; ebenso Sachsen-Coburg, Reuss ä. L. und Schwarzburg-Sondershausen, letzteres aber unter Normierung der Haftung für die das Gerichtsvollzieheramt wahrnehmenden Personen, jedoch im Einzelfall nicht über den Betrag von 300 Mark hinaus.

Eine besondere reichsrechtliche Vorschrift ist gegeben im § 12 R.-Grundb.-O., wonach bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Amtspflichtverletzung des Grundbuchbeamten den Beteiligten gegenüber die im § 839 B. G.-B. bestimmte Verantwortlichkeit an Stelle des Beamten den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht, trifft, die aber wieder ein Rückgriffsrecht gegen den Beamten haben. Hier ist also unter Ausschluss der Ansprüche des Beschädigten gegen den Beamten die prinzipale Haftung des Staates anerkannt. Von dem Rückgriffsrecht gegen den Beamten haben die meisten Staaten in ihren Ausführungsgesetzen zur Grundbuchordnung oder zum Bürgerlichen Gesetzbuch Gebrauch gemacht; nach der Befriedigung des Beschädigten durch den Staat geht die Forderung auf den Staat über[89]. In Elsass-Lothringen existiert ein Rückgriffsrecht nur bei grobem Versehen, in Bremen kann der Senat bei einem leichten Verschulden des Beamten den Ersatzanspruch des Staats ermässigen oder anordnen, dass der Ersatzanspruch nicht geltend gemacht werden soll[90].

---

[89] A.-G. zur G. B.-O. Anhalt Art. 9, A.-G. zur G.-B.-O. Hessen Art. 21, A.-G. zur G.-B.-O. Hamburg § 34, A.-G. zur G. B.-O. Lippe § 11, A.-G zur G.-B.-O. Reuss ä. L. § 12, A.-G. zur G.-B.-O. Reuss j. L. § 6, A.-G. zur G.-B.-O. Elsass-Lothr. § 8, A.-G. zur G.-B.-O. Sachsen-Meinigen Art. 10, A.-G. zur G.-B.-O. Preussen Art. 8, A.-G. zur G.-B.-O. Braunschweig § 6, A.-G. zur G.-B.-O. Bremen § 10, A.-G. zur G.-B.-O. Sachsen-Weimar § 16. Verordnung zur Ausführung des B. G.-B. Mecklenb.-Schwerin § 79, Verordnung zur Ausführung des B. G.-B. Mecklenb.-Strelitz § 77. A.-G. zum B. G.-B. Baden Art. 5 IV, A.-G. zum B. G.-B. Elsass-Lothr. § 12, A.-G. zum B. G.-B. Sachsen-Coburg Art. 18 § 2, A.-G. zum B. G.-B. Württemberg Art. 302 2, A.-G. zum B. G.-B. Schaumburg-Lippe § 16.

[90] § 10 II, vgl. Hamburg § 34.

Resultate.

Wie man an diesen Citaten der einzelstaatlichen Gesetzgebung, — die übrigens keinen Anspruch auf Vollständigkeit machen, sondern vor allem zur Charakterisierung dienen sollen —, ersieht, ist also nicht allein, wie oben dargethan, kein gemeines, sondern auch nicht einmal gemeinsames Recht geschaffen worden. Der Einfluss der Theorien auf das Bürgerliche Gesetzbuch tritt in § 839, der der Landesgesetzgebung den grössten Spielraum gelassen, deutlich hervor. Ebenso deutlich aber zeigt sich der Einfluss des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf die Landesgesetzgebung. Die Fälle des Beamtenparagraphen sind immer zur Grundlage der öffentlich-rechtlichen Entschädigung gemacht worden. Wenn auch die Ansicht vertreten wurde, der Art. 77 Einf.-G. begreife nicht allein die Fälle widerrechtlicher, mit Verletzung der Amtspflicht verbundener Schadenszufügung, sondern auch diejenigen, wo ohne solche Pflichtverletzung Schaden verursacht wird, — was aber in Anbetracht der Kopulative II des Artikels sehr unwahrscheinlich ist —, so haben sich doch die eine Haftung einführenden Ausführungsgesetze auf die Fälle des § 839 beschränkt. Auch sind die Fälle der im öffentlichen Interesse erfolgenden Entziehung, Beschädigung oder Benutzung einer Sache, Beschränkung des Eigentums und Entziehung oder Beschränkung von Rechten hiervon getrennt. Art. 109 Einf.-G. hat die Gesetzgebung über solche Eingriffe und über die deshalb zu gewährenden Entschädigungen der Landesgesetzgebung überlassen. Der Gesetzgeber trennt also rechtswidrige und rechtmässige Schädigungen durch die öffentliche Gewalt.

Wo der Staat die primäre Haftpflicht übernommen, haftet er an Stelle des Beamten und unter denselben Voraussetzungen wie der Beamte, also auch dann nicht, wenn dieser, wie im Fall des § 839 III, nicht ersatzpflichtig wird. Ebenso findet auf den Staat der § 852 B. G.-B. über die Verjährung des Schadens-

ersatzanspruches Anwendung, und endlich der § 11 Einf.-G. zum G.-V.-G. bezüglich der Vorentscheidung der Verwaltungsbehörde.

Bei Normierung der subsidiären Haftung hat der Staat die Stellung eines Bürgen. Er kann daher nach § 771 B. G.-B. die Befriedigung des Geschädigten verweigern, solange dieser nicht eine Zwangsvollstreckung gegen den Beamten ohne Erfolg versucht hat. Ferner geht nach § 774, soweit der Staat den Beschädigten befriedigt, dessen Forderung gegen den Beamten auf ihn über.

Wo der Staat in seinem Ausführungsgesetz eine Haftung nur insoweit anerkennt, als sie durch Reichs- oder für gewisse Fälle durch Landesgesetz vorgeschrieben ist, lehnt er damit ausdrücklich eine allgemeine Haftpflicht ab und hebt ein eventuelles Gewohnheitsrecht auf.

In den Staaten, deren Ausführungsgesetze überhaupt nichts bestimmen, wird dem Beschädigten, der nach fruchtloser Ausklagung des Beamten sich unter Behauptung eines Gewohnheitsrechts an den Staat wendet, wenn der Nachweis gelingt, der Staat haften müssen, da das Gewohnheitsrecht hier durch keine gesetzliche Vorschrift aufgehoben ist. Gelingt der Nachweis nicht, oder behauptet der Geschädigte überhaupt kein Gewohnheitsrecht, so wird nur der Beamte und nicht der Staat haften. Die Frage der Haftung des Staats ist eine öffentlich-rechtliche; privatrechtliche Konstruktionen sind hier nicht erlaubt, weil der Staat sich hier nicht auf den Boden des Privatrechts gestellt hat. Wohl aber ist in denjenigen Staaten, die in ihren Ausführungsgesetzen im Anschluss an § 839 die Haftung ausgesprochen haben, die Ersatzpflicht des Staats eine privatrechtliche [91].

Die Schadensersatzpflicht des Beamten ist eine privatrecht-

---

[91] Rehm a. a. O.

liche. Sie ist aber keine „privatrechtliche Folge eines öffentlichrechtlichen Vorganges“, sondern eine privatrechtliche Ersatzpflicht für Privatrechtsverletzung. Es giebt Dienstpflichten, die dem Beamten nur dem Staate gegenüber auferlegt sind. Diese können auch nur dem Staate gegenüber verletzt werden. Schädigt der Beamte hierbei einen Dritten, so kann er dies nicht in Erfüllung, sondern nur bei Gelegenheit der Erfüllung seiner Amtspflicht thun; darauf aber findet § 839 keine Anwendung. Damit dem Dritten ein Ersatzanspruch erwachse, muss es sich um die Verletzung einer dem Beamten auch dem Dritten gegenüber auferlegten Amtspflicht handeln; ferner aber muss diese Pflichtverletzung zu einer Vermögensbeschädigung geführt haben, und zwar zu einer den civilrechtlichen Voraussetzungen der Schadensersatzpflicht entsprechenden. Nach den Ausführungsgesetzen tritt der Staat bald an Stelle des Beamten und erleidet die Konsequenzen des § 839, bald hat er die Stellung eines Bürgen und untersteht dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Die Ersatzpflicht des Staates ist privatrechtlicher Natur wie der Ersatzanspruch des Geschädigten.

Dass die Abfassung eines Civilgesetzbuchs die Veranlassung zur Regelung der Haftung des Staates gab und dass diese Normierung im Anschluss an einen Paragraphen dieses Gesetzbuchs erfolgte, ist, wie sie der Grund zur Sonderung der Fälle der rechtmässigen und rechtswidrigen Eingriffe der öffentlichen Gewalt war, auch der Grund, dass der Staat sich hier dem Privatrecht unterstellt, wie er es als Fiskus schon längst gethan hat. Zwar möchte diese Lösung, bei diesem einen Ausschnitt aus dem Gebiet der öffentlichen Verwaltung, beim ersten Blick auffällig und inkonsequent erscheinen. Man muss aber bedenken, dass es sich hier nicht um die vom Staate des öffentlichen Wohles, Interesses oder der Selbsterhaltung wegen gewollten Eingriffe in die Privatrechtssphäre, sondern um die von ihm selbst seinen Beamten verbotenen und mit Strafe bedrohten

Fälle handelt, in denen er seinen Unterthanen für das Fehlgehen der Verwaltung Garantie bietet.

Es ist ein Stück aus dem „Prozess steigender Gewähr der Festigung des öffentlichen Rechts und der Erfüllung der auf ihm ruhenden individuellen Forderungen an den Staat“ [92], das uns in dieser Form entgegentritt.

---

[92] JELLINEK, Das Recht des modernen Staates, Bd. I Allg. Staatslehre 1900 S. 726.

Das Kaiserliche Heer.

Studie zur Geschichte der Verfassungsentwickelung in Deutschland.

Von

Dr. Otto Bielefeld, Amtsrichter in Tauberbischofsheim.

I. Wer die Reichsverfassung als ein politisches und staatsrechtliches Meisterwerk Bismarcks, als ein Muster patriotischer Mässigung, wissenschaftlicher Originalität und praktischer Jurisprudenz anerkennt, wird ihrem Schöpfer zustimmen, dass es die Aufgabe des heranwachsenden Geschlechts ist, sie auszubauen. Denn ihm muss die eigene Ueberlegung und das überzeugende Wort des Eisernen Kanzlers mit zwingender Gewalt die Einsicht eröffnen, dass der Bau der deutschen Einheit im Jahre 1871 wohl unter Dach kam, aber noch mancher inneren Arbeiten bedurfte, um dem als Gesamtheit wirtschaftlich und geistig wachsenden Volke ein geschütztes und behagliches Heim zu bieten. Heute sind wir gegen die Aussenwelt hinreichend gesichert und mit unseren Hausgenossen vertraut genug, um selbst an die Fundamente und Hauptmauern, an wesentliche Bestimmungen der Reichsverfassung, die bessernde Hand anlegen zu dürfen. Dabei kann das Ziel nicht die Verschiebung der Grundlagen und Machtverhältnisse, also weder eine Schwächung der Reichsgewalt noch eine solche Beschränkung der Selbständigkeit der einzelnen Bundes-

staaten sein, welche ihre Aufgabe als lebenskräftiger Bethätigungsformen der individualistischen deutschen Kultur erschweren würde, sondern in erster Reihe wird es sich darum handeln, praktische Bedürfnisse zu befriedigen und Widersprüche in der staatsrechtlichen Gestaltung zu beseitigen, die zwischen dem notgedrungenen Ergebnis der Kampfesjahre 1866—1871 und unseren heutigen, auf der Erfahrung eines Menschenalters beruhenden Anschauungen bestehen. Diese verlangen vor allem die Abschaffung des begrifflich sich widersprechenden und politisch unerfreulichen Zustands, dass in einem Bundesstaate, wie dem Deutschen Reiche, Hoheitsrechte nicht bloss von der Reichsgewalt und dem Einzelstaate innerhalb seines eigenen Gebiets, sondern auch von einem Einzelstaate im Gebiete des anderen oder im Zuständigkeitskreise des Reiches ausgeübt werden. Neben weniger auffallenden Erscheinungen dieser Art, wie dem Briefmarkenpartikularismus und gewissen Folgen des Uebergangs der Thurn und Taxis'schen Post an Preussen, der nationalpolitisch durchaus schädlichen preussisch-hessischen Eisenbahngemeinschaft und der Lächerlichkeit einzelstaatlicher Diplomatie im Auslande, bietet in erster Reihe die staatsrechtliche Regelung unseres Heeres ein schlimmes Bild systemwidriger und mit den Fortschritten des Einheitsgedankens unverträglicher Verteilung der Hoheitsrechte. Und gerade in diesem Teile des stolzen Verfassungsbaues, wo die hässliche Halbfertigkeit oft verletzend wirkt, ist eine Besserung deswegen leicht zu erreichen, weil es in der Hauptsache nicht der Abänderung, sondern gerade der Durchführung der bestehenden Gesetzesbestimmungen bedarf. Ist diese erst erfolgt, so werden die wünschenswerten Verfassungsfortbildungen auf keine ernsten Schwierigkeiten mehr stossen. Die staatsrechtliche Entwickelung unseres Heerwesens braucht aber heute sicherlich einen Anstoss. Denn ein juristischer Feinschmecker darf sich wohl „das ästhetische Vergnügen bereiten, zu erkennen, wie der Gegensatz der technisch-militärischen Erfordernisse und der staatsrechtlich-poli-

tischen Ansprüche durchgeführt worden ist, gleichsam wie zwei Motive, die mit einander zu einer höheren Einheit harmonisch verbunden sind, ohne dass ihre Antithese verschwindet"[1]. Jedoch das deutsche Volk, welches in vielen und nicht den schlechtesten seiner Angehörigen oft genug die Missstände und Reibungen dieses „juristischen Kunstwerks" zu verspüren bekommen hat, muss vom politisch-praktischen Standpunkte unbedingt an die Fertigstellung der verfassungsmässigen Einheit auf militärischem Gebiet herantreten. Wenn man wohlmeinend aber allzu zaghaft diesen Schritt seither nicht gethan hat, so darf heute keinen Augenblick mehr gezögert werden, wo thatsächlich ein kaiserliches Heer im fernen Osten Seuche und Tod pflichtgetreu ins Auge blickt, während wir zu Hause trotz aller Neigung zum Theoretisieren nicht den Mut haben, das staatsrechtliche Wesen dieser Truppen zu ergründen, während in der Reichshauptstadt und ausserhalb unseres politischen Mittelpunktes die verbündeten Regierungen und die Volksvertretungen, Parteien und Gelehrte sich ängstlich hüten, die Definition der von den überstürzenden Ereignissen geschaffenen Einrichtung zu geben und ehrlich und freudig zu bekennen: Wir haben ein kaiserliches Heer!

Es kann nicht der Zweck dieses Aufsatzes sein, die verschiedenen Theorien über das Wesen unserer Heeresverfassung zu vermehren, zu versöhnen oder zu wiederholen, sondern ich will bloss den Nachweis versuchen, dass der gegenwärtige thatsächliche Zustand auf einer Stockung im Werdegang unserer Einheit beruht, die teilweise dem bestehenden Recht nicht entspricht und mit gutem Willen überwunden werden kann. Wenn die Litteratur diesen Gesichtspunkt vielleicht noch nicht genügend hervorgehoben hat, so rührt dies daher, dass man trotz aller Bemühungen, die historischen Ursachen als wichtigste Grundlage zu würdigen, gerade die Entstehungsgeschichte der einschlägigen Be-

---

[1] LABAND, Staatsrecht 3. Aufl. II S. 489.

stimmungen allzusehr als eine überall zielbewusste, folgerichtige und abgeschlossene Entwickelung betrachtet und allzuwenig unterschieden hat, welche Anschauungen und Bestrebungen im einzelnen Augenblicke bei den leitenden Persönlichkeiten überwogen, ob grundsätzliche Aenderungen in wichtigen Teilen der Verfassung auch entsprechende Massnahmen an anderen Stellen zur Folge hatten, oder ob ihre konsequente Durchführung übersehen wurde, endlich inwieweit die Verfolgung von schliesslich aufgegebenen Zielen doch teilweise zu Ergebnissen geführt hat, welche im Sinne der Einigung über den Gesamtcharakter der Verfassung, wie sie endgültig verwirklicht wurde, hinausgehen.

II. In Art. 63 Abs. 1 bestimmt die Reichsverfassung: „Die gesamte Landmacht des Reiches wird ein einheitliches Heer bilden, welches im Krieg und Frieden unter dem Befehle des Kaisers steht.“ Die weiteren Absätze und die folgenden Artikel regeln u. a. die Befugnisse des Kaisers und die Rechte der einzelstaatlichen Regierungen in Bezug auf das Militärwesen. In der Verfassung des Norddeutschen Bundes lautete der Nebensatz im Art. 63 Abs. 1: „welches im Krieg und Frieden unter dem Befehle Sr. Maj. des Königs von Preussen als Bundesfeldherrn steht.“ In den übrigen Bestimmungen hiess es jeweils „Bundesfeldherr“ statt „Kaiser“. Der gleiche Wortlaut, wie ihn Art. 63 N. B.-V. enthält, findet sich in Art. 59 des Entwurfs dazu vor. Diese Uebereinstimmung hat meines Erachtens den schweren Irrtum veranlasst, welcher die Hauptursache der ganzen Unstimmigkeit unserer Militärverhältnisse bildet. Sie hat die praktischen Politiker wie die staatsrechtliche Theorie dazu geführt, den ursprünglichen Sinn und Zweck der Bestimmungen, wie er dem Entwurf vom 9. Febr. 1867 eigen war, der aber im Widerspruch steht zu der vom Entwurf hier grundsätzlich abweichenden Verfassung des Norddeutschen Bundes und der in dieser Richtung noch weiter gehenden Reichsverfassung, unter veränderten Verhältnissen dem Art. 63 weiter zu Grunde zu legen.

1. Mit LABAND[2] wird man annehmen müssen, dass die Gesichtspunkte des Art. 9 der preussischen „Grundzüge zu einer neuen Bundesverfassung“ vom 10. Juni 1866, welche die Fortexistenz der einzelstaatlichen Armeen als getrennter, von einander unabhängiger Kontingente voraussetzt und eine Verschmelzung derselben zu einer einheitlichen Bundesarmee nicht kennt, im wesentlichen in den Entwurf der Verfassung des Norddeutschen Bundes[3] übergegangen sind. Allgemein wird anerkannt, dass der Grundgedanke dieses Entwurfs die Gestaltung des Norddeutschen Bundes zu einem Staatenbau unter preussischer Hegemonie war[4]. Damit ergiebt sich von selbst, dass der Bundesfeldherr des Art. 59 E. ein Attribut des Königs von Preussen war, dass die Krone Preussen, nicht eine selbständige Centralgewalt, die Militärhoheit — beschränkt durch die kontingentsherrlichen Rechte der übrigen Einzelstaaten — erhalten[5], insbesondere dass die Souveränetätsrechte des Hohenzollernkönigs über das preussische Heer durch Abschluss eines Norddeutschen Bundes nicht berührt werden sollten. Die militärische Einheit war durch die Befugnisse des Königs von Preussen über die ausserpreussischen Streitkräfte, welche der Verfassungsentwurf schuf und Militärkonventionen durch Einschluss der kleinstaatlichen Kontingente in das preussische Heer erweitern sollten, genügend gesichert. Einer besonderen Behandlung bedurfte nur das sächsische Armeekorps; auch bezüglich desselben boten Verfassungsentwurf und Militärkonvention die nötigen Grundlagen für die Einheitlichkeit. Nur muss hier bemerkt werden, dass in dem Staatenbunde des Verfassungsentwurfs nicht eine Centralgewalt, sondern die Krone Preussen als solche die verfassungs- und vertragsmässige Militärhoheit in Sachsen und den Kleinstaaten ausgeübt haben würde.

---

[2] A. a. O. S. 482 ff.

[3] Nicht in diese selbst, wie LABAND meint.

[4] LABAND, Deutsche Juristenzeitung 1901 S. 1.

[5] H. v. SYBEL im konstituierenden Reichstag Sten. Ber. S. 325 ff.

Es ist darum auch durchaus folgerichtig, wenn die einzelstaatlichen Befehls- und Verwaltungsorganisationen bestehen bleiben und an ihrer Stelle keine Bundesbehörden errichtet werden sollten.

2. Ganz anders aber sind alle diese Fragen zu beurteilen mit dem Augenblicke, wo die Verfassung des Norddeutschen Bundes und mit ihr kein Staatenbund, sondern ein Bundesstaat ins Leben trat. Bekanntlich erfolgte die grundsätzliche Aenderung des Verfassungsentwurfs durch die Annahme des Amendements v. BENNIGSEN zu Art. 18 E. (Art. 17 R.-V.), wodurch „die Reichsregierung von der preussischen Landesregierung abgetrennt wurde“[6]. Von diesem Augenblicke an gab es einen Bundesstaat, der nicht bloss aus den Einzelstaaten, sondern als besonderes Rechtssubjekt auch über ihnen stand. Damit verwandelten sich die Attribute des preussischen Königs: Bundespräsidium, Bundesfeldherr, Oberbefehlshaber der Marine, in die verschiedenen Namen, unter welchen sich die Rechtsstellung des künftigen Kaisers verbarg, eines jetzt schon selbständigen Bundesorgans, dessen Person — rechtlich zufälligerweise — mit dem Träger der preussischen Krone identisch war. Gewiss war es politisch notwendig, dass Wilhelm I. im Jahre 1867 von der Annahme des Kaisertitels absah; gewiss herrscht auch heute in der Wissenschaft kein Zweifel darüber, dass seine staatsrechtliche Stellung von 1867 an im wesentlichen denselben Charakter trug, wie seit Inkrafttreten der Reichsverfassung von 1871. Allein es darf nicht verkannt werden, dass die Bezeichnungen der Norddeutschen Bundesverfassung damals bei wichtigen politischen Faktoren Verwirrung verursachten und eine Unterschätzung der Rechte der Centralgewalt gegenüber der Stellung Preussens herbeiführten. Zunächst wurde die Wirkung des Amendements v. BENNIGSEN bei der Vereinbarung der weiteren Abschnitte der Bundesverfassung

[6] LABAND, Deutsche Juristenzeitung a. a. O.; HÄNEL, Organisatorische Entwickelung der Reichsverfassung S. 20, 21.

nicht genügend berücksichtigt. Dass der Art. 59 E. unverändert als Art. 63 aufgenommen wurde, war zwar richtig; allein in den praktischen Folgerungen wurde übersehen, dass diese Bestimmung eine ganz andere Bedeutung erhalten hatte. Die kriegsherrlichen Rechte standen nunmehr nicht dem König von Preussen, sondern dem von ihm jetzt rechtlich getrennten Bundesfeldherrn, sit venia verbo: dem geheimen Kaiser zu. Nicht der Einzelstaat Preussen übte Hoheitsrechte in Sachsen aus, sondern der Norddeutsche Bund durch eines seiner Exekutivorgane. Auch in Preussen selbst war kraft des Art. 63 B.-V. die Kriegsherrlichkeit von der Krone als Träger der preussischen Souveränetät, welch letztere ja jetzt überhaupt beschränkt war, auf den Bundesfeldherrn, also vom Einzelstaate auf den Norddeutschen Bund übergegangen. Ob dies die gesetzgebenden Faktoren gewünscht haben oder ob sie einen Vorbehalt im Auge hatten[7], ist bei dem unzweideutigen Wortlaut und Sinn des XI. Abschnittes der Bundesverfassung einerlei; denn „die Gedanken des Gesetzgebers, denen er nicht den erforderlichen Ausdruck giebt, sind ohne rechtliche Bedeutung“[8 9]). Da die Verfassung dem Bund in seinen verschiedenen Organen den Oberbefehl, die Gesetzgebung und die Verwaltung des Heerwesens übertrug, so hätten zur Durchführung dieser Aufgaben, soweit nicht bereits geschehen, Bundesbehörden

[7] Dies meint FISCHER, Das Recht des deutschen Kaisers 1895 S. 34, 35.

[8] LABAND, Deutsche Juristenzeitung 1900 S. 511.

[9] Dies übersieht auch FISCHER a. a. O. S. 33ff., 75ff., der den Bundesfeldherrn zum Attribut des Königs von Preussen stempelt, während er die Rechte des Bundesoberhaupts unter den „Sammelbegriff des Bundespräsidiums als eines blossen Organs der Bundesgewalt“ fallen lässt. Infolgedessen kommt er zu dem seltsamen Ergebnis: „die kaiserlichen Rechte bezüglich des Heer- und Marinewesens sind nichts als Erweiterungen der Kriegsherrlichkeit des Königs von Preussen und stehen dem Kaiser proprio iure, somit als monarchische Befugnisse und nicht kraft Delegation zu.“ Also trotz der angeblichen preussischen Kriegsherrlichkeit kaiserliche Rechte, die „der Kaiser kraft eigenen Rechts“ als „ihm zustehende Teile der Centralgewalt“ ausüben soll! S. dagegen FISCHER a. a. O. S. 41, 79.

errichtet werden müssen, insbesondere hätte ein dem Bundeskanzler unterstehendes Kriegsamt geschaffen, der Grosse Generalstab und die vom Bundesfeldherrn zu besetzenden Kommandostellen in Bundeseinrichtungen umgestaltet werden müssen. Diese Wirkung der neuen Verfassungsbestimmungen sind keineswegs vollständig unbeachtet geblieben. Ein Amendement DUNCKER zu Art. 64 E. (Art. 68 R.-V.) wollte einen Bundeskriegs- und Bundesmarineminister einführen. Der Gedanke wurde zwar mit Recht deswegen abgelehnt, weil die geplante Verantwortlichkeit dieser Minister gegenüber dem Reichstag der Stellung des Reichskanzlers widersprach; aber die Bundeszuständigkeit kam darin richtigerweise zum Ausdruck. Vielleicht wäre es sogar am besten gewesen, den Abs. 2 dieses Amendements allein zum Gesetz zu machen: „Bis zur definitiven Organisation des Bundeskriegs- und Marinewesens wird die Verwaltung desselben durch den Kgl. Preussischen Kriegs- und Marineminister geführt.“ Wie dem auch sei, jedenfalls wurden im Heerwesen keine besonderen Bundesorgane geschaffen. Vielleicht glaubte man bis zum Beitritt der Südstaaten damit warten zu sollen. Wir können gewiss den Schöpfern der Verfassung im Jahre 1867 aus dieser Unterlassung keinen Vorwurf machen, sondern nur unsere dankbare Bewunderung aussprechen, mit welcher Sicherheit und Mässigung der Notbau errichtet wurde, der den Stürmen der kommenden Zeit so glorreich Stand hielt. Dies darf aber nicht davon abhalten, den Mangel im System zu erkennen und heute die Heilung zu versuchen.

3. Weit schwieriger sind die Einzelheiten der Rechtsentwickelung in den Jahren 1867—1871 klarzulegen. Noch fehlen uns die urkundlichen Quellen über die geheimen Vorgänge in jener unvergleichlichen Epoche, noch enthalten die Archive ihre Schätze aus den Versailler Tagen der Oeffentlichkeit vor. So sind wir darauf angewiesen, aus den Gesetzen und Verträgen selbst und aus einzelnen Mitteilungen der Baumeister der

deutschen Einheit unsere Schlüsse auf die inneren Ereignisse zu ziehen.

In den Jahren 1867—1868 schloss Preussen Militärkonventionen mit den beiden Mecklenburg, Oldenburg, den thüringischen Staaten, Hansestädten und mehreren anderen norddeutschen Kleinstaaten, sowie Hessen, die meist nach Gründung des Reichs durch andere, „Namens Sr. Maj. des Deutschen Kaisers, Königs von Preussen", abgeschlossene Konventionen ersetzt wurden. Die Wirkung war derart, dass alle Kontingente ausser dem sächsischen in der preussischen Armee aufgingen oder doch in nähere Verbindung zu ihr traten, als sie die Verfassung hergestellt hatte. Da kam der Krieg gegen Frankreich, und im Herbst und Winter 1870 erfolgten die wichtigsten Schritte zur Umgestaltung der Verfassung und des Heerwesens. Es wird sich zeigen, inwieweit die Aufgabe gelöst, und die im Jahre 1867 unterlassene Durchführung des einheitlichen Bundesheeres bewirkt wurde.

4. Nach Zeitfolge und Bedeutung nehmen für den Eintritt der Süddeutschen Staaten in den Nordbund und die Entwickelung der Heeresverfassung die Verhandlungen der Bundesregierung mit dem Grossherzogtum Baden die erste Stelle ein. „Das Land, dessen Namen das Gefühl jedes Deutschen hebt, das Land Baden, welches von jeher Muster und Leuchte gewesen ist für die nationale Bewegung, begrüsste mit Freuden die Zeit der Erfüllung, die Zeit des Eintritts in den Norddeutschen Bund, ohne jeden Vorbehalt, ohne einen Strich abgeändert zu wünschen an der Norddeutschen Bundesverfassung, als was formell notwendig ist, um das Stimmrecht im Reichstage und Bundesrate zu ordnen." So begeistert das Lob Laskers[10] von seinem unitarischen Standpunkte aus klingt, es wird seine Behauptung von der Stellungnahme Badens zur Verfassung dem wirklichen Sachverhalt noch nicht einmal gerecht.

[10] Materialien der deutschen Reichsverfassung III S. 166.

a) In der Denkschrift der Grossherzoglichen Regierung an den Kanzler des Norddeutschen Bundes vom 2. Sept. 1870, welche überhaupt die Einleitung der zur Reichsgründung führenden Verhandlungen bildet, wird zum ersten Male offiziell der Eintritt der Südstaaten in den Norddeutschen Bund und die Wiederherstellung der Kaiserwürde zur Sprache gebracht. Dann heisst es: „Im übrigen ist die Grossh. Regierung bereit, in den Norddeutschen Bund mit seiner dermaligen Verfassung einzutreten, hält aber in den spezifisch politischen Beziehungen (in den diplomatischen und militärischen Angelegenheiten) eine Stärkung der Bundescentralgewalt bei strenger Festhaltung der Selbständigkeit der Einzelstaaten in ihren inneren Angelegenheiten für thunlich und wünschenswert" [11]. Baden verlangte also eine noch stärkere Stellung des Reiches in militärischen Dingen, als sie dem Bundesfeldherrn und der Bundesgesetzgebung nach der Verfassung des Norddeutschen Bundes zur Zeit der Belagerung von Paris bereits zukam. Dies war auf badischer Seite der leitende Gedanke beim Abschluss der Militärkonvention vom 25. Nov. 1870. Welches war nun damals die Stellung des anderen Kontrahenten, des Norddeutschen Bundes? Graf BISMARCK hatte sich schon 1867 keiner Täuschung über die Rechtslage, besonders die Kriegsherrlichkeit des Bundesfeldherrn im Umfange des XI. Abschnitts der Verfassung hingegeben [12]; als massvoller Staatsmann hatte er sich aber mit dem zur Zeit bei den besonderen Stimmungen in Preussen Erreichbaren begnügt und nicht zur konsequenten Durchführung der rechtlich vorhandenen Heereseinheit gedrängt. Jetzt, im Spätherbst 1870, stand er auf dem Standpunkt der badischen Regierung, dass das Reich in den „spezifisch politischen Beziehungen" gestärkt werden müsse. Hierbei war es

---

[11] GEORG MEYER, Die Reichsgründung und das Grossherzogtum Baden S. 53 ff.; Staatsminister JOLLY, Prot. der I. Kammer des Badischen Landtags 1870 S. 15 ff.

[12] HÄNEL S. 21 Anm. 1.

ihm vor allem darum zu thun, die rechtliche Trennung der Centralgewalt von Preussen möglichst klar zu stellen, durch Schaffung der Kaiserwürde die Reichseinheit zu festigen und nicht zum mindesten hierdurch auch die Hegemonie des Hauses Hohenzollern auf den monarchischen Anteil an der Ausübung der gesamtdeutschen Souveränetät zu stützen und von der gefährlichen Grundlage geltend gemachter Ueberlegenheit der preussischen Hausmacht über die anderen Dynastien loszulösen[13]. Die Meinung des Kriegsministers v. ROON, des norddeutschen Unterhändlers beim Abschluss der Badischen Militärkonvention, ist nicht genau bekannt. Auch er konnte über die staatsrechtliche Gestaltung des Kriegswesens im Norddeutschen Bunde offenbar keine Zweifel hegen, nachdem er unterm 16. Juni 1868 zum Stellvertreter des Bundeskanzlers in allen Heeres- und Marineangelegenheiten ernannt worden war. Trotzdem hat es bis 1871 mindestens an störenden Reibungen zwischen dem Kriegsministerium und dem Bundeskanzleramt nicht gefehlt, bei denen anscheinend BISMARCK die Bundeszuständigkeit zu wahren hatte. Und wir dürfen wohl annehmen, dass ROON Ende 1870 die Meinung seines persönlichen und politischen Freundes MORITZ v. BLANKENBURG geteilt hat, das neue Reich müsse einen Kaiser und ein „einheitliches Heer mit einem grossdeutschen Kriegsminister und allem Zubehör" haben[14]. Immerhin fällt bei ROON die Zähigkeit seiner altpreussischen, etwas partikularistischen Anschauungen ins Gewicht, die vielleicht eine stärkere Betonung Preussens neben dem Deutschen Bund in der Fassung des Vertrags verursacht hat, als den strengen Begriffen der staatsrechtlichen Theorie entspricht. Dazu kommt ein für Form und Inhalt der Konvention gleichfalls nicht bedeutungsloser Umstand: Das Drängen BISMARCK's auf rasches Zustandekommen derselben,

[13] BISMARCK, Erinnerungen II S. 115 ff.
[14] ROON, Denkwürdigkeiten II S. 456, 505, 516.

„wenn dabei auch einige kleine Fünfen gerade sein müssten“[15]. Schliesslich wollen wir überhaupt nicht vergessen, dass die Staatsmänner und Volksvertreter, welche die urkundlichen Grundlagen unserer Einheit mit schnellem Entschlusse und praktischer Hand geschaffen haben, wohl auf das dringende Bedürfnis der Gegenwart, nicht aber auf die spitzfindigen Unterscheidungen achthaben mussten, in denen sich heutzutage der theoretische Jurist ergehen mag.

b) Diesen Absichten der Vertragsparteien entsprach auch das Ergebnis ihrer Verhandlungen, der Inhalt der Badischen Militärkonvention vom 25. Nov. 1870. Der Eingang dieses Staatsvertrags bezeichnet die Kontrahenten und den Zweck: „Se. Kgl. Hoheit der Grossherzog von Baden und Se. Maj. der König von Preussen als Bundesfeldherr haben im Anschluss an die das Bundeskriegswesen betreffenden Bestimmungen der vereinbarten Verfassung des Deutschen Bundes, behufs Regelung der Verhältnisse des Grossh. Badischen Kontingents zur Kgl. Preussischen, bezw. Bundesarmee“ u. s. w. In Art. 1 wird gesagt, dass „das Grossh. Badische Kontingent unmittelbarer Bestandteil der deutschen, beziehungsweise der Kgl. Preussischen Armee in der Art wird, dass Se. Maj. der König von Preussen als Bundesfeldherr alle Rechte und Pflichten des Kontingents- und Kriegsherrn übernimmt“ u. s. w. Art. 2 lautet: „Das Grossh. Badische Kontingent wird ungetrennt in die entsprechend grössere Abteilung der Deutschen Bundes-, bezw. der Kgl. Preussischen Armee eingereiht werden“. Mitkontrahent Badens ist also das Reich, ausschliesslich das Reich, nicht Preussen. Ich kann es an dieser Stelle dahingestellt lassen, ob im allgemeinen der Inhalt der Militärkonventionen allein entscheidet, inwieweit das Reich oder Preussen als das Subjekt der aus dem Vertrage hervorgehenden Rechte und Pflichten zu erachten ist[16]. Was

---

[15] Roon a. a. O. II S. 507, 545.

[16] Laband, Staatsrecht II S. 504; Brockhaus, Das deutsche Reichsheer und die Kontingente der Einzelstaaten S. 163 ff.

die Badische Konvention betrifft, so ist lediglich das Reich Kontrahent[17]; dies ist schon deshalb der Fall, weil durch sie keine Verfügungen getroffen werden, die der Zuständigkeit des Kaisers entzogen sind und derjenigen des Königs von Preussen unterliegen, wie später nachgewiesen werden soll.

c) Der Zweck der Konvention ist nach dem Wortlaut und der oben dargestellten Vertragsabsicht klar und einfach: Neben der durch die Verfassung begründeten Kriegsherrlichkeit sollen dem Kaiser auch die Kontingentsherrlichkeit und die anderen landesherrlichen Rechte über die badischen Truppen mit den in der Konvention vorbehaltenen Ausnahmen übertragen werden. Die von der badischen Regierung angestrebte Stärkung der Reichsgewalt kann doch bloss auf die Weise erfolgen, dass dem Reiche weitere, ihm nicht bereits kraft der Verfassung des Norddeutschen Bundes zustehende Rechte, also Kontingents- und landesherrliche Rechte, zugeteilt werden. Dies geschieht durch Art. 1, wonach der König von Preussen als Bundesfeldherr, also der Kaiser, alle Rechte und Pflichten des Kontingentsherrn übernimmt. Mit Inkrafttreten der Konvention vom 25. Nov. 1870 spätestens ist also ein kaiserliches Kontingent entstanden. Das weitere Ziel war die Umwandlung aller einzelstaatlichen Kontingente, also auch des preussischen, in das einheitliche deutsche Heer, kurz: die Beseitigung der Kontingente und der einzelstaatlichen Militärverwaltung überhaupt, sowie die Vereinigung aller aus der Militärhoheit entspringenden Rechte beim Kaiser. So war es gemeint von der Grossh. Regierung und vom Badischen Landtag, der die Militärkonvention genehmigt hat[18]. So war es gemeint von der überwiegenden Mehrheit des Reichstags, wie die Verhandlungen über die Bündnisverträge und

---

[17] Ebenso Hänel, Die vertragsmässigen Elemente der Reichsverfassung S. 106.

[18] Prot. der II. Kammer S. 5 ff.; B.-E. Eckhard S. 20; B.-E. Kiefer, Prot. der I. Kammer S. 5 ff. B.-E. Bluntschli.

die Reichsverfassung mehrfach bezeugen. So war es wohl auch gemeint von BISMARCK und ROON, als die folgenschweren Beratungen zu Versailles stattfanden.

d) Hier erhebt sich zunächst die Frage, ob denn auch die Bestimmungen der Konvention den angestrebten Zweck wirklich erreichen. In der Litteratur wird allgemein und meist ohne Ausführung der Gründe oberflächlich genug angenommen, das badische Kontingent sei durch die Konvention ein Bestandteil des preussischen Heeres geworden. Vereinzelt wird ins Feld geführt, dass es kein kaiserliches Kontingent und keine Reichsbehörde für die Militärverwaltung gebe, dass somit Preussen die aus Art. 1 und 2 hervorgehenden Befugnisse erworben habe. Dies ist ganz unhaltbar. Welches rechtliche Hindernis steht denn der Schaffung eines kaiserlichen Kontingents gerade durch die Badische Militärkonvention entgegen? Die Begriffsbestimmung der Kontingentsherrlichkeit nach dem Staatsrecht des seligen Deutschen Bundes[19] gewiss nicht; man hat mit wichtigeren Bestandteilen des alten Bundesrechts, mit der einzelstaatlichen Souveränetät selbst aufgeräumt. Die Reichsverfassung, welche den Grundsatz des einheitlichen Heeres an die Spitze stellt[20], welche die Kontingentsherrlichkeit in Art. 66 enge begrenzt, welche das wichtigste Organ im Heerwesen, den kaiserlichen Kriegsherrn und Oberbefehlshaber einführt, welche nur einen Reichsmilitärfiskus und eine Reichsmilitärgesetzgebung kennt, noch viel weniger. Der Mangel an Reichsverwaltungsbehörden für das Heerwesen[21] kann am allerletzten irgend welche Bedeutung haben, denn die rechtliche und thatsächliche Möglichkeit, einen solchen Behördenorganismus zu schaffen, wird ernsthaft nicht bestritten werden können. Es wäre auch nicht einzusehen,

---

[19] BROCKHAUS a. a. O. S. 11.

[20] Für das einheitliche Reichsheer spricht sich bekanntlich die herrschende Meinung gegen LABAND aus.

[21] BROCKHAUS a. a. O. S. 165, 180.

weshalb man zwar eine einheitliche kaiserliche Marine mit einem Reichsmarineamt und allen anderen erforderlichen Reichsbehörden errichten durfte, aber kein ebensolches Reichsheer. Auch heute, wo die Reichsverwaltungsbehörden für das Heerwesen noch nicht bestehen, wird die Militärverwaltung von den Einzelstaaten „auf Rechnung und in Vertretung des Reichs" geführt[22]. Gegen die Annahme eines kaiserlichen Kontingents und die Errichtung von Reichsbehörden für das Heerwesen kann auch nicht die Thatsache geltend gemacht werden, dass das kaiserliche Heer nicht alle Truppen des Deutschen Reiches umfasst, denn der Unterschied gegenüber der Marine ist kein begrifflicher, sondern nur ein quantitativer; auch wurde bezüglich der Reichspost auf das Fernbleiben zweier Königreiche von der Reichsverwaltung gleichfalls keine Rücksicht genommen. Juristisch möglich wäre selbst ein kaiserliches Kontingent, das nur aus der Streitmacht von Reuss ä. L. bestünde. Insofern wird ein solches allerdings nicht durch die Badische Militärkonvention geschaffen, als Konventionen die Reichsverfassung überhaupt nicht abändern können und Giltigkeit gegenüber anderweiten Anordnungen der letzteren nur im Umfange des Art. 66 haben. Die theoretische Grundlage des kaiserlichen Kontingents ist also die Reichsverfassung selbst, welche die Abgabe der Kontingentsherrlichkeit durch Staatsvertrag zulässt und nirgends die Annahme derselben durch den Kaiser ausdrücklich oder sinngemäss ausschliesst. Die Badische Militärkonvention füllt lediglich innerhalb der Reichsverfassung die Cadres des kaiserlichen Kontingents.

e) Der Hauptgrund, weshalb man irrtümlich annimmt, Baden habe seine Kontingentsherrlichkeit an Preussen abgegeben, liegt in der Fassung der Konvention, die ohne Rücksicht auf die geschichtlichen Verhältnisse ausgelegt und missverstanden wird. Zweifellos hätte Preussen die Kontingentsherrlichkeit über die

---

[22] Entscheidung des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. XX S. 152.

badischen Truppen durch eine Militärkonvention übertragen werden können, und die Konvention vom 25. Nov. 1870 sollte dies auch für den nicht eingetretenen Eventualfall thun. Allein die Rechtsverhältnisse sind aus dem Gesamtinhalt aller giltigen gesetzlichen und vertragsmässigen Bestimmungen abzuleiten, und daraus muss gefolgert werden, dass das Reich, nicht Preussen, die von Baden abgegebenen Rechte und Pflichten erworben hat. Wie in dem Art. 1 und 2 der Konvention steht in den übrigen Teilen derselben überall dem badischen Kontingent die „Deutsche Bundes-, bezw. die Kgl. Preussische Armee“ gegenüber. Eine Ausnahme bildet bloss der Eingang des Vertrages, wo es umgekehrt heisst: „Kgl. Preussische, bezw. Bundesarmee“. In Art. 19 sichert die preussische Regierung — anstatt der norddeutschen Bundesregierung — der badischen die Gewährung aller auf das Bundeskriegswesen bezüglichen Vorteile und Erleichterungen zu, die in Preussen eingeführt oder irgend einem anderen Staate des Norddeutschen Bundes — statt Deutschen Bundes — gewährt worden sind oder werden. Hierzu ist die preussische Regierung zweifellos unzuständig, also auch nicht Kontrahent. Beide Regelwidrigkeiten sind bedeutungslos und erklären sich als Flüchtigkeitsfehler bei der beschleunigten Redaktion des Vertrages[23]. Was bedeutet nun die hauptsächliche Bestimmung, dass das Grossh. Badische Kontingent unmittelbarer Bestandteil der Deutschen Bundes-, bezw. der Kgl. Preussischen Armee und ungetrennt in die entsprechend grössere Abteilung der ersteren, bezw. der letzteren eingereiht wird? Und was ist der Zweck dieser Bestimmung? Die landläufige Meinung setzt einfach statt: „beziehungsweise“ das Wort: „und“; damit wird aber ein grosser Teil der Konvention ungültig oder sinnlos. Zunächst können nicht das Reich und Preussen trotz der Personenidentität des Kaisers und des

---

[23] Ueber Art. 16 s. u.

Königs dieselben Rechte erwerben. Bei diesem Widerspruch das Reich ausscheiden zu lassen, wie die Gegner thun, ist schon deswegen nicht erlaubt, weil das Reich an erster Stelle genannt ist und sehr wohl Subjekt der fraglichen Rechte sein kann. Ferner ist die Konvention nicht fähig, die Kriegsherrlichkeit über die badischen Truppen dem König von Preussen zu übertragen, denn nach der Reichsverfassung steht sie im wesentlichen bereits dem Kaiser zu. Welchen Sinn soll weiter der Eintritt der badischen Truppen als unmittelbarer Bestandteil des Reichsheers haben, der doch in erster Reihe vereinbart ist?[24] Das badische Kontingent ist ja schon durch die Bundesverfassung vom 15. Nov. 1870 in das Deutsche Bundesheer[25] eingetreten! Durch den Eintritt in die Preussische Armee würde es in die Deutsche überdies mittelbar, nicht unmittelbar eingereiht. Dann enthält die Konvention eine Reihe von Bestimmungen, welche sich auf künftige Bundeseinrichtungen beziehen und bloss bis zu deren Schaffung die entsprechenden, meist badischen, seltener preussischen Einrichtungen an deren Stelle setzen, so betreffend Helmzier und Kokarde (Art. 3 Abs. 6), Wappen und Farben (Art. 5 Abs. 3), Strafgesetzbuch (Art. 14 Abs. 2). Endlich findet sich in der ganzen Konvention keine einzige Bestimmung, welche auf ein unmittelbares Verhältnis des badischen Kontingents zur Preussischen Armee, d. h. nicht zur „Deutschen Bundes-, bezw. Kgl. Preussischen Armee“ hindeutet. Insbesondere spricht der Fahneneid nicht von Preussen (Art. 3). Nur in Art. 16 könnte vielleicht etwas gefunden werden, was dieser Behauptung widerspricht. Demnach werden die badischen Offiziere u. dgl. unter Beibehalt des Ranges und der Anciennetät in „die Kgl. Preussische Armee übernommen“. Wenn nicht bloss ein Redaktionsmangel vorliegt, so lässt sich der Unterschied der Fassung leicht mit dem Zweck des Art. 16 erklären: Hier handelt es sich

[24] S. auch Schlussprotokoll zur Konvention Ziff. 1.

[25] Reichsheer im weiteren Sinne, wie ihn die Gegner zu Grunde legen.

nicht um den bereits durch Art. 1 und 2 gedeckten Eintritt der Offiziere in den grösseren Heeresverband, dem sie nunmehr wie die badischen Soldaten angehören, sondern um ihre Gleichstellung innerhalb desselben mit ihren preussischen Kameraden und um ihre persönliche, eine Ausnahme von Art. 2 bildende Aufnahme in das Offizierkorps des preussischen Kontingents, um ihre Versetzbarkeit nach Preussen. Art. 16 ist eine Ausführungsbestimmung zu Art. 64 Abs. 3 R.-V., während Art. 2 eine moralische Bindung der kaiserlichen Befugnisse aus Art. 63 Abs. 4 darstellt[26]. Nach alledem liegt also kein Bedürfnis vor, dem klaren Wortlaut der Konvention zuwider anzunehmen, dass Preussen Mitkontrahent ist, und zu der gekünstelten Auslegung zu greifen, dass einzelne Bestandteile des Vertrags dem Reiche, andere Preussen Rechte begründen, und dass die primären Anordnungen desselben bedeutungslos seien.

f) Man wird nun zu fragen haben, welcher Sinn dann eigentlich der Fassung: „Deutsche Bundes-, bezw. Kgl. Preussische Armee" zukommt? Die richtige Antwort kann nur ein Blick auf die politischen Verhältnisse im Nov. 1870 verschaffen. Durch die Bündnisverträge vom 15. d. M. mit Baden und Hessen war die Mainlinie beseitigt, der Deutsche Bund geschaffen worden. Jetzt handelte es sich darum, den Zutritt Bayerns und Württembergs unter möglichst günstigen Bedingungen zu erzielen. Angestrebt wurde, besonders von der badischen Regierung in folgerichtiger Anknüpfung an ihre Stellungnahme im Jahre 1849, 1867, und die Denkschrift vom 2. Sept. 1870, die Errichtung des einheitlichen kaiserlichen Heeres unter Aufhebung der Kontingente. Der Staaten des Norddeutschen Bundes, einschliesslich Preussens, glaubte man sicher zu sein: sie würden, wenn die süddeutschen Königreiche folgten, ihre Kontingentsherrlichkeit an das Reich abtreten. Allein ob alles so kommen würde, stand

---

[26] Vgl. LABAND, Staatsrecht II S. 506.

damals in Frage. Noch wusste man nicht einmal, ob Bayern jetzt überhaupt unter annehmbaren Bedingungen in den Bund eintreten würde; es erforderte noch grosse Nachgiebigkeit der verhandelnden Regierungen und heftige Kämpfe in den Volksvertretungen, bis Bayern sich dem Reiche anschloss und dazu noch unter Vorbehalt von Sonderrechten, welche ernsten Patrioten damals bedenklich erschienen. Gerade in jenen Tagen ereignete sich der seltsame Rückschlag in den fast zum glücklichen Ende geführten Verhandlungen mit Württemberg[27]. Noch war die Kaiserfrage unentschieden. Wohl aber wirkte BISMARCK bei dem ausschlaggebenden Schritte gerade mit der Argumentation, dass die deutschen Souveräne sich nicht dem König von Preussen, also dem gleichberechtigten Monarchen des verbündeten Staates, sondern allein dem Deutschen Kaiser, dem Landsmann, dem Vertreter der Reichsgewalt, unterstellen könnten[28]. In diesem kritischen Zeitpunkte ging Baden wieder voran. Um auf die Fassung der ausstehenden Bündnisverträge und die mögliche, aber sehr ungewisse Umwandelung der mittelstaatlichen Kontingente in das kaiserliche Heer günstig einzuwirken, that Baden einen noch weitergehenden Schritt: es trat seine Militärhoheitsrechte für den Fall, dass das Reichsheer nicht zu stande kommen sollte, an Preussen ab. Dies ist der Sinn des Wortes „beziehungsweise“; es heisst nicht mehr als: „eventuell“. Die Absicht ist klar: Die Gefahr einer Verstärkung des preussisch-partikularistischen Gewichts musste ein Anreiz für die Mittelstaaten sein, durch Ermöglichung des kaiserlichen Heeres und damit durch Erhaltung der relativen Selbständigkeit Badens innerhalb desselben den Einfluss Süddeutschlands in Heeresfragen zu vermehren. Der Schritt unterstützte die Bestrebungen, die preussische Armee in ein kaiserlich deutsches Heer umzuwandeln, an deren Erfolg

[27] MAURENBRECHER, Die Gründung des Deutschen Reichs S. 252.
[28] BISMARCK, Erinnerungen II S. 118.

man badischerseits glaubte[29]. Nicht zu unterschätzen war auch die moralische Wirkung, welche der Grossherzog von Baden so durch einen freiwilligen, lediglich von nationaler Gesinnung eingegebenen[30] unbedingten Verzicht auf Souveränetätsrechte zu Gunsten Wilhelms I. erzielen konnte. Endlich wollte Baden in vernünftiger Selbsteinschätzung den unnötigen Ballast einer eigenen Militärverwaltung und eines im Reiche überflüssigen eigenen Kriegsministeriums abwerfen. Aber wohlgemerkt: Zweck und Wortlaut der Konvention begründen Preussens Rechte nur für den Fall, dass das Reich sie nicht erwerben könne, und dieser Fall ist nicht eingetreten. Allerhöchstens war die vorläufige Einreihung der badischen Truppen in das preussische Kontingent als ein Uebergangszustand geplant[31]; in diesem als kurzes Interim hingenommenen Durcheinander der Zuständigkeiten befinden wir uns nun seit 30 Jahren![32]

5. Allerdings kam das einheitliche kaiserliche Heer staatsrechtlich nicht in dem vollen Umfange aller Kontingente und thatsächlich überhaupt nicht zur Verwirklichung. Am 25. Nov. 1870 erfolgte der Beitritt Württembergs zum Deutschen Bunde und der Abschluss einer Militärkonvention, wonach Württemberg, wie seither schon Sachsen, ungefähr die militärhoheitlichen Rechte bewahrte, welche dem Einzelstaate nach der Reichsverfassung zustehen. Damit waren Zugeständnisse von

---

[29] Materialien der D. R.-V. III S. 393.

[30] Meyer a. a. O. S. 65.

[31] Prot. der II. Kammer, B.-E. Kiefer S. 20 r., wo die Fassung der Konvention ausdrücklich damit begründet wird, dass die Uebertragung aller Rechte auf den Kaiser beabsichtigt sei, dass aber die Durchführung in diesem Augenblicke (16. Dec. 70) mangels einer einheitlichen Reichskriegsverwaltung nicht möglich sei. „Es liegt also in der Natur der Dinge, dass wir uns von Preussen gewähren lassen, was das Reich verfassungsmässig heute noch nicht leisten kann."

[32] Nebenbei sei bemerkt, dass ohne Widerspruch zu den früheren Ausführungen hier zugegeben werden kann, dass Preussen für den Eventualfall als Kontrahent der M. K. auftritt; dies beeinflusst aber die ursprünglichen Wirkungen derselben in keiner Weise.

sächsischer Seite gleichfalls nicht mehr zu erwarten. Den wesentlichsten Grund dieses ungünstigen Verlaufs bildet wohl die engherzige Politik Bayerns, welche in Ziff. III § 5 des Bündnisvertrags vom 23. Nov. 1870 zum Siege gelangte. Wenn Bayern sich im Frieden volle Militärhoheit vorbehalten konnte, so durften bei den damaligen Anschauungen und den noch nicht überwundenen Eifersüchteleien die durch zwei Menschenalter hindurch auf ihre vermeintliche internationale Bedeutung so stolzen beiden anderen Königreiche über die Reichsverfassung hinaus keine Zugeständnisse machen[33]. Als dann 1871 die Reichsverfassung ins Leben trat, blieben denn auch innerhalb Norddeutschlands die seitherigen thatsächlichen Verhältnisse bestehen. Die süddeutschen Königreiche nahmen ihre vertragsmässige Stellung ein; das badische Kontingent wurde der Preussischen Armee einverleibt, gerade wie wenn der Eventualfall der Militärkonvention vom 25. Nov. 1870 eingetreten wäre. Hessen schloss am 13. Juni 1871 eine Konvention mit „Sr. Maj. dem Deutschen Kaiser, König von Preussen", wonach das hessische Kontingent als geschlossene Division in die Preussische Armee eintrat. In den nächsten Jahren wurden Militärkonventionen mit den kleineren Staaten teils abgeschlossen teils abgeändert. Es kann hier die theoretisch immerhin interessante Frage dahingestellt werden, ob das Reich oder Preussen jeweils die Kontingentsherrlichkeit erworben hat; denn für das praktische Ziel dieser Studie erledigt sich die Frage mit der Entscheidung über das weitere Schicksal der preussischen Kontingentsherrlichkeit selbst. Dagegen bedürfen die reichsländischen Verhältnisse einer kurzen Erörterung. Dass in Elsass-Lothringen der Kaiser Kontingentsherr ist, wird nicht bestritten[34]. Die im Reichslande neugebildeten Truppenteile sind daher kaiserlich, auch wenn sie nicht aus Elsass-Lothringern bestehen; sie

---

[33] Materialien d. R.-V. III S. 111.

[34] LABAND a. a. O. S. 487; FISCHER a. a. O. S. 76.

gehören zum gleichen kaiserlichen Kontingent wie die Badener[35]. Allerdings hat man es unterlassen, diesem Verhältnis den richtigen Ausdruck zu geben. Die Truppenteile haben keine kontingentsherrlichen und landschaftlichen Bezeichnungen erhalten, wie sonst üblich ist, und tragen unrichtigerweise preussische Hoheitszeichen. Die Kommandobehörden sind grösstenteils falsch benannt. Im Laufe der Jahre nahm die staatsrechtliche Verwirrung unserer Heeresverhältnisse in Praxis und Theorie immer mehr zu. In Baden z. B. wurden willkürlich und konventionswidrig nach und nach einzelne badische Hoheitszeichen durch preussische verdrängt, so bei den Wappenknöpfen, Unteroffiziersschlagriemen, Einjährigenschnüren, während andere blieben, wie Helmzier, Kokarde und Lanzenfähnchen. Ein weiteres Beispiel vollständiger Verkennung der staatsrechtlichen Verhältnisse bildet die Art und Weise, wie beim 200jährigen Jubiläum des preussischen Königtums die militärhoheitlichen Befugnisse Wilhelms II. zu Lande und zu Wasser in die Erscheinung traten. Doch soll nicht verkannt werden, dass in der letzten Zeit die amtlichen Kreise sich sonst den ursprünglichen Gedanken von 1870 zu nähern scheinen. Dies beweist z. B. die Allerhöchste Entschliessung vom 22. März 1897[36], worin der Grossherzog von Baden „im Einverständnisse mit Sr. Maj. dem Deutschen Kaiser König von Preussen, bestimmt“, dass die Offiziere und Mannschaften „seines Kontingents neben der badischen die deutsche Kokarde anlegen, und zwar die Offiziere an Stelle der seither getragenen preussischen“. Nicht viel besser sieht es in der Litteratur aus[37]. Was soll man sagen, wenn selbst ein Schrift-

[35] Dass die landesherrliche und delegierte Gewalt des Kaisers im Reichsland von den im übrigen Reiche auf Grund des XI. Abschnittes der R.-V. geltenden Rechten genau genommen verschieden ist, thut hier nichts zur Sache.

[36] Erlassen als Landesherrliche Verordnung.

[37] Z. B. BROCKHAUS a. a. O. S. 222.

steller wie LABAND den Kaiser vom König von Preussen — damit die Zuständigkeit und Behördenorganisation des Reichs und des Einzelstaats — so wenig unterscheidet, wie an folgenden Stellen: „Die in der Reichsverfassung anerkannten Sätze äussern in Preussen eine völlig andere Wirkung, wie in allen übrigen Bundesstaaten: denn da der König von Preussen zugleich Kaiser ist, so wird die Teilung der Befugnisse zwischen Landesherrn (Kontingentsherrn) und Kaiser (Oberfeldherr), welche die Reichsverfassung anordnet, hier nicht effektiv; sie bleibt eine nominelle, formale; die quoad ius getrennten Befugnisse fliessen quoad exercitium wieder zusammen. Dasselbe gilt vom Reichslande, über welches der Kaiser die Staatsgewalt ausübt". Und andererseits: „Der Kaiser (!) ist Kontingentsherr über die preussischen Truppen kraft seines Monarchenrechts (iure proprio), über die elsass-lothringischen Truppen kraft der Delegation der landesherrlichen Rechte seitens des Reichs, über die Truppen der anderen Staaten[38] kraft der Cession durch die Militärkonventionen"[39]. O nein! Rechtlich ist der König von Preussen Kontingentsherr über das preussische Heer und die ihm rechtsgiltig einverleibten kleinstaatlichen Truppen, der Kaiser über einige andere Kontingente, wie Badener und Elsass-Lothringer; Kriegsherr ist überall, auch in Preussen, der Kaiser und nicht der König von Preussen. Die thatsächlichen Verhältnisse entsprechen der Rechtslage bloss deswegen nicht, weil man letztere hinterher nach ihrer Begründung durch Verfassung und Verträge nicht hat verwirklichen wollen.

6. Warum? Hier stehen wir vor der dunkelsten, schwierigsten und heikelsten Frage in der ganzen Entwickelung unserer Heeresverfassung. Die veröffentlichten urkundlichen Quellen versagen fast vollständig. Dazu kommt der Umstand, dass es sich

[38] D. h. des angeblichen preussischen Kontingents, das alle Truppen ausser den bayrischen, sächsischen und württembergischen umfassen soll.

[39] Staatsrecht II S. 486, 487.

nicht um bestimmte Versuche einer Fortentwickelung, sondern um einen von 1867 bis zum heutigen Tage dauernden, wenn auch im einzelnen wohl wechselnden Zustand handelt. Wir dürfen annehmen, dass seit 1871 von keiner Seite mehr ein kräftiger Anstoss zur Errichtung des kontingentslosen kaiserlichen Heeres oder wenigstens eines kaiserlichen Kontingents erging. Die Hauptursache, weswegen die halbfertigen Arbeiten liegen blieben, liegt also jedenfalls in der Unthätigkeit Preussens auf diesem Gebiet seit 1867. Preussen als Einzelstaat war die Aufgabe gestellt, durch Abtretung seiner Kontingentsherrlichkeit an das Reich das kaiserliche Kontingent so zu verstärken, dass von einem einheitlichen Heer gesprochen werden konnte, selbst wenn zunächst die anderen Königreiche fern blieben. Die preussische Regierung als massgebender Faktor für Militärfragen im Bundesrate war allein geeignet, die Errichtung der Reichsheeresbehörden und die Ausgestaltung des kaiserlichen Kontingentes, soweit es schon vorhanden war, herbeizuführen. Beides unterblieb. Wieviel Schuld auf die Verkennung der Rechtslage, auf das Verharren im Gedankenkreise der Entwürfe von 1866/67, auf ungenügendes Verständnis für die notwendige Unterscheidung der Rechtspersönlichkeit des Deutschen Kaisers und des Königs von Preussen und wieviel auf bewusste und gewollte Hemmung der begonnenen Vereinheitlichung des Heerwesens entfällt, kann heute noch nicht zergliedert werden. Wahrscheinlich treffen bei den wichtigsten und massgebenden Staatsmännern, Beamten und Soldaten beide Faktoren zusammen. In erster Reihe richtet sich der Blick auf das Empfinden und Streben des gesamten preussischen Volkes und Heeres. Trotz vereinzelter unitarisch-deutscher, also nicht grosspreussischer Neigungen, welche sich in fast allen Parteien vorfinden, zeigte ursprünglich die Mehrheit, der einflussreiche Adel, mit ihm Bureaukratie und Offizierkorps, so gut wie die ehemalige Opposition aus der Konfliktszeit, einen ausgesprochenen Zug nach dem preussischen Partikularismus,

nach konservativer Betonung der durch Heeresreform und Indemnität geschaffenen innerpreussischen Verhältnisse, sogar eine Art wohlwollender Geringschätzung der für herzlich und liebenswürdig, aber naiv und erziehungsbedürftig gehaltenen süddeutschen Brüder. Bis zum Jahre 1871 kann man diese Stimmung nicht tadeln; Rheinbunds- und Triaspolitik erhielten die wohlverdiente Strafe. Auch bot das „Neutrum" der kurzlebig gedachten Norddeutschen Bundesgewalt keine Anziehungskraft gegenüber dem königlichen Kriegsherrn aus Preussens ruhmreicher Geschichte. Vollständig berechtigt war auch der Stolz und die Sorge für die altpreussischen Traditionen, mit welchen das ganze Volk verwachsen war vom ehrwürdigen Monarchen bis zum armen Arbeiter, der im Frieden von der sozialen Republik schwärmte und bei Königgrätz in bewusster Hingebung für König und Vaterland geblutet hatte. Anders muss der unparteiische Beurteiler von der neuen Zeit sprechen. Ein machtvolles Kaisertum war erstanden und Preussens König war der Träger der sagenumwobenen Krone geworden. Wenn andere Staaten dem Reiche die Kontingentsherrlichkeit abtraten, so brachten sie und ihre Fürstenhäuser freudig das Opfer ihrer Rechte; in Preussen verlor die Dynastie durch einen solchen Schritt nichts; von einem Opfer des Staates, dessen Herrscherhaus durch die Reichsgründung so grosser Zuwachs an Macht und Ehren zu teil ward, kann gewiss keine Rede sein. Die kleinliche Eigenbrödelei gewisser süddeutschen Kreise durch den kleinlichsten und nach BISMARCK's Ausspruch gefährlichsten und unberechtigsten Partikularismus. den schwarz-weissen, heilen zu wollen, wäre das verkehrteste Beginnen. Endlich kann auf eine Schonung wohlbegründeter altpreussischer Empfindungen doch kein Anspruch gemacht werden, wo die Kriegsthaten Brandenburg-Preussens, so gut wie die ehrenvollen Ueberlieferungen der Bayern und Schwaben, Franken und Sachsen, Pfälzer und Alemannen wieder deutsches Gemeingut geworden sind, wo es eine deutsche Geschichte giebt, die

sich der gemeinsamen Helden von Wörth und Sedan, von Strassburg und Paris rühmen darf. Wir Badener beanspruchen die Toten von Mars-la-Tour, Coulmiers und Champigny als die Unseren, als Deutsche, und wollen von keinem partikularistischen Sonderruhm unserer treu-festen Wacht an der Lisaine wissen. Das deutsche Einheitsgefühl geht sogar über die Verfassung hinaus: Der Kaiser erscheint Millionen von Volksgenossen, besonders im warmherzigen Süden, als der Monarch aller Deutschen. Aber unser alter erster Kaiser fand sich nur schwer in die neue Zeit. Er hatte 1870 „noch mehr die Macht und Grösse Preussens als die verfassungsmässige Einheit Deutschlands im Auge“ [40]. Wenn sein grosser Staatsmann sagt: „Für das dynastische Gefühl war es schmeichelhafter, gerade als geborener König von Preussen und nicht als erwählter und durch ein Verfassungsgesetz hergestellter Kaiser die betreffende Macht auszuüben“; wenn wir die von BISMARCK mehrfach hervorgehobenen Offiziersanschauungen des erst in höherem Alter zum Kriegsherrn gewordenen Hohenzollernfürsten berücksichtigen und uns an seine Abneigung gegen das einheitliche Reichsheer von 1849 erinnern, wenn wir bedenken, dass sein Berater der gleichgesinnte und müde gewordene Kriegsminister v. ROON war, so liegt der Gedanke nahe, dass die Aufhebung der preussischen Kontingentsherrlichkeit, selbst die äusserliche Durchführung der Verfassung, wonach nicht bloss der Oberbefehl über die ausserpreussischen Truppen, sondern die Kriegsherrlichkeit über das preussische Heer selbst dem Kaiser als solchem zustand, bei der gerade in dieser Beschränkung rührenden und ehrwürdigen Persönlichkeit Wilhelms I. im Winter 1870/71 auf unüberwindliche Hindernisse gestossen sein würde [40a]. Vielleicht wäre trotz des hohen Alters des Monarchen in den späteren Jahren, in denen er sich ganz in die verfassungsmässige Stellung des Kaisers eingelebt hatte, ein Versuch erfolgreich gewesen.

[40] BISMARCK a. a. O. II S. 57.

[40a] PHILIPPSON, Das Leben Kaiser Friedrichs III. S. 257.

Denn „in der Wahrhaftigkeit gegen sich und die Welt, in der Arbeit des Sichumdenkens bis zu den letzten Konsequenzen liegt die Grösse Wilhelms I. Solche tief verankerte Naturen sind langsam im Umdenken, aber wenn einmal umgedacht, dann eifrig im neuen Fahrwasser“ [41]. Und doch werden wir allen Beteiligten, nicht zum wenigsten der öffentlichen Meinung, danken müssen, dass unserem alten Kaiser, der „nicht ohne Bangigkeit die traditionelle Stellung seines Hauses in einer Neuerung verschwinden“ sah [42], diese Aufgabe erspart blieb. Solche Rücksicht leitete gewiss auch den Reichskanzler, der anfangs der siebenziger Jahre überdies den ihm persönlich befreundeten, aber damals politisch entfremdeten Kriegsminister v. ROON nicht mediatisieren und dadurch die konservative Opposition stärken wollte, der später getreu dem Grundsatze: quieta non movere es an dem praktisch für den Augenblick ausreichenden Ergebnis genügen liess, der nie ohne Not an Fragen rührte, die Reibungen im jungen Reich erzeugen konnten [43]. Die 99 Tage konnten begreiflicher Weise den ersehnten Fortschritt nicht bringen, obwohl Kaiser Friedrich seit 1870 stets für Abgabe der preussischen Militärhoheitsrechte an das Reich eingetreten war [43a].

III. Die Zeiten sind andere geworden im 20. Jahrhundert. Es wäre des Deutschen Reiches nicht würdig, wenn seine verfassungsmässigen Rechte auf dem Papier ständen, und es nicht die Kraft hätte, von den Bundesgliedern mindestens die Durchführung der Rechtslage zu erwirken. Es wäre Preussens, des leitenden Staates nicht würdig, sich einer Entwickelung entgegen zu stemmen, die dem Reiche Ansehen und dem Hohenzollern-

---

[41] PFISTER, Das deutsche Volk im 19. Jahrhundert S. 408, 691.

[42] BAMBERGER, Erinnerungen S. 41.

[43] Bei dieser Sachlage verliert die Autorität der von LABAND, Staatsrecht S. 484 Anm. 2 für seine Theorie angerufenen obersten Reichsbehörden u. s. w. sehr an Bedeutung.

[43a] PHILIPPSON a. a. O. S. 250, 273, 292.

hause die Aussicht auf abermalige Erweiterung seiner Befugnisse verschafft. Sicherlich würde in den anderen Bundesstaaten, deren Truppen heute zum preussischen Kontingent gezählt werden, die Errichtung des kaiserlichen Heeres mit warmer Genugthuung begrüsst werden. Denn es lässt sich nun einmal nicht bestreiten, dass die Imponderabilien eine grosse Rolle spielen. Ein Kenner süddeutscher Verhältnisse wird kein Wort über den Unterschied verlieren, ob in Baden und Hessen das Reich oder Preussen Hoheitsrechte ausübt. Die ernsten Hindernisse der Umwandlung bestehen nicht mehr; über den Rest exklusiv-preussischer Stimmung, der wohl beim Adel in den alten Provinzen, stets dem Hindernis deutscher Einigung und gesunder Fortentwickelung, noch vorhanden ist, darf man zur Tagesordnung übergehen. An der Spitze des Reichs und Preussens steht ein Monarch, der ganz unter der Wirkung der vollendeten Reichsgründung aufgewachsen ist und vom ersten Tage seiner Regierung zu erkennen gab, wie sehr er der überragenden Stellung der Reichsgewalt, der völkerrechtlichen Mediatisierung Preussens, der neuen Aufgaben seiner Dynastie bei aller Anhänglichkeit an das Geschichtliche bewusst ist. Wieviele Vorurteile in den Einzelstaaten gefallen sind, beweist ausser der Erweiterung der Reichskompetenz auf den wichtigsten Gebieten des Lebens, die Einführung der deutschen Kokarde im ganzen Reichsheere seit 1897. Ganz frei denkt im allgemeinen die Jugend, der man mit Unrecht einen Vorwurf daraus macht, dass sie sich der kaiserlosen Zeit nicht erinnern und mit den Vätern nicht immer wieder der Riesenarbeit vor 1871 festlich gedenken will. Für sie ist das Reich mit allen seinen Rechten eben einfach selbstverständlich, wie jedes überkommene Gut, so natürlich und unzweifelhaft, als ob für das deutsche Volk eine geringere Einigung überhaupt nie denkbar wäre.

Mit der Möglichkeit ist aber auch das Bedürfnis der Umgestaltung unseres Heerwesens gewachsen. Zunächst muss der

Verschmelzungsprozess des deutschen Volkes und damit das gegenseitige Verständnis auf jede Weise gefördert werden. Wo die einzelnen Stämme sich abgeschlossen halten und nur wenige Nachbarn kennen lernen, da herrscht Abneigung und Vorurteil, das sich mit dem Selbstbewusstsein der stammesfremden Minderheit nur steigert, ebenso wie die Religionsverschiedenheit gerade da zum Hasse führt, wo neben der im gleichen Glauben geschlossenen Bevölkerung keine oder wenige Andersgläubige leben. Aber wie bei gleichmässiger Verteilung aller Konfessionen am ehesten Frieden erblüht, so ist die Mischung der Stämme, das Zusammenwirken aller Deutschen in den Organisationen des Reiches, im Reichsdienst aller Art, das beste Mittel der Einigung. Dies hat sich auch im Heer bewährt; aber gerade das Bestehen einzelstaatlicher Hoheitsrechte auf fremdem Boden, das Hervorkehren der Ueberlegenheit des mächtigen Bundesgenossen gegenüber dem Einheimischen, der Mangel an Verständnis für Wesen und Aeusserlichkeiten auf beiden Seiten hat die günstige Wirkung vielfach verdorben. Wenn auch in Berlin und vor allem vom Fürsten BISMARCK, dem unvergleichlichen Kenner der deutschen Volksseele, mit Takt und Geschick Reibungen vermieden wurden, und nirgends die Befürchtungen von 1870 sich bewahrheiteten[44], so muss hier doch unumwunden ausgesprochen werden, dass die Missgriffe einzelner untergeordneten preussischen Organe, vom General bis zum Gefreiten, vom Geheimrat bis zum Schreibgehilfen, manchen Schaden angerichtet haben und vielfach daran schuld sind, wenn oft in Norddeutschland der Widerstand süddeutscher Kreise gegen solche Erscheinungen und gewisse Sonderinteressen einzelner norddeutschen Gegenden für ungehörigen Partikularismus ausgegeben wird. Viele dieser Entwickelungsstörungen würden im kaiserlichen Heere ebenso wegfallen, wie es in der Reichspost der Fall ist. Dann hat das deutsche Volk,

[44] FISCHER a. a. O. S. 78, 79.

welches für seine Wehrhaftigkeit unbedingt jedes Opfer bringen muss, einen Anspruch auf Vereinfachung und Verbilligung des Heerwesens, überall wo die Ausgaben nicht durch die Stärke und Ausbildung der bewaffneten Macht geboten sind. Neben der Abschaffung von mancherlei anderem Luxus wäre der Wegfall der einzelstaatlichen Kriegsministerien und die begrifflich notwendige wie politisch wertvolle Unterstellung des Reichskriegsamtes unter den Reichskanzler zu begrüssen. Heute ist der preussische Kriegsminister dem Reiche verantwortlich[45], was eine schwere Durchbrechung des in England, dem Lande praktisch-konstitutioneller Erfahrung, erprobten und für Deutschlands Wohlfahrt unerlässlichen Prinzips der Leitung der gesamten Politik durch einen einzigen obersten Staatsmann darstellt. Diese Organisationsveränderung berührt freilich auch die staatsrechtlichen Verhältnisse Sachsens und Württembergs, die von der obigen Erörterung ausgeschieden waren. Selbstverständlich wird man den beiden Königreichen die Initiative überlassen müssen; aber es darf doch bemerkt werden, dass der freiwillige Verzicht auf das Kriegsministerium für König und Volk keine Einbusse bedeutet und ebenso wie die Abschaffung der Sonderdiplomatie mit einer Einrichtung aufräumen würde, die „lediglich zur Unterbringung einer privilegierten Klasse von Personen dient und dem Allgemeinen nichts einträgt als ein erhöhtes Budget“[46]. Der Vorgang Badens beweist zur Genüge, dass ein einzelnes Armeekorps kein besonderes Kriegsministerium braucht. Selbst die Verminderung des Schreibwerks wäre nicht gering zu achten. Dass sogar das Bedürfnis weiterer Vereinheitlichung vorliegt, haben die Ursachen der sog. Bebenhäuser Konvention deutlich klargelegt. Unerörtert will ich hier die Frage lassen, ob die Kommandos und Truppenteile in Preussen, Württemberg, Sachsen, trotz Ernennung der meisten Offiziere durch die Landesherren, nicht heute schon

[45] Brockhaus a. a. O. S. 84.
[46] Eckhard a. a. O. S. 15 r.

kaiserlich heissen sollten, wie ja auch richtigerweise in Baden im Gegensatze zu Preussen die vom Grossherzog nach Art. 50 Abs. 5 R.-V. angestellten Reichspostbeamten genannt werden. Am durchsichtigsten ist die Rechtslage beim bayrischen Heer. Und wenn diese auch zu „vielen mit einem bundesstaatlichen Verhältnis fast unvereinbarlichen Konsequenzen führt", und im Jahre 1870 die Bewilligung der bayrischen Forderungen nicht als Befriedigung der Interessen des Volkes, sondern Nachgiebigkeit an die Herrschsucht der bayrischen Militär- und Civilbureaukratie"[47] betrachtet wurde, so kann man doch geduldig die Zeit erwarten, wo auch der eifersüchtigste Vertreter des föderalistischen Gedankens unter den deutschen Staaten zur Ueberzeugung kommen wird, Bayern und die süddeutschen Interessen durch thatkräftige Teilnahme an der Leitung und den grossen Verhältnissen des Reiches mehr zu fördern, als durch ängstlich gehütete Sonderrechte und ein Sonderdasein im engbegrenzten, wenn auch gemütlichen Kreise; die Zeit, wo der Ausspruch eines geistvollen Rechtsgelehrten auch innerhalb der blau-weissen Grenzpfähle auf Verständnis trifft: „Fürst Bismarck hat uns Süddeutsche für unseren Partikularismus hart, aber gerecht dadurch bestraft, dass er uns unsere Reservatrechte beliess."

IV. Dringlich wurde die in dieser Studie angeregte Frage durch die Errichtung der ostasiatischen Truppenteile im Jahre 1900. Dass die gesetzliche, budgetmässige Existenz derselben erst geschaffen werden muss[48], wird von der Regierung, dem Bundesrat wie dem Reichstag, von der Wissenschaft wie von der öffentlichen Meinung allgemein anerkannt. Aber welche staatsrechtliche Regelung diese Freiwilligen-Armee erhalten wird, ist noch nicht erkenntlich. Möglich sind drei Wege, wobei es sich

---

[47] Von Johannes Miquel, heute dem strengen Wächter des preussischen Staatssäckels gegen die Geldbedürfnisse des Reichs. Materialien der R.-V. III S. 207.

[48] Dies gilt im Januar 1901.

völlig gleich bleibt, ob das ostasiatische Expeditionskorps oder Teile desselben dauernd oder vorübergehend im Inland oder Ausland bestehen bleiben sollen. Entweder werden die betreffenden Truppen der Marine zugeteilt, dann wäre einfach eine Novelle zum Flottengesetz zu schaffen, und die staatsrechtliche Untersuchung ihrer Aufstellung im Jahre 1900 hätte keinen praktischen Wert. Oder aber es wird eine vom Reichsheer und von der Marine rechtlich unabhängige Kolonialarmee errichtet. Auch hier böten sich wohl keine interessanten Schwierigkeiten. Nach dem Sinne der Gesetzgebung und der Praxis unserer seitherigen Kolonialpolitik würde durch Ergänzung der Reichsverfassung eine der Marine rechtlich gleichstehende Reichseinrichtung, also ein besonderes kaiserliches Heer, hergestellt werden können. Am nächsten liegt aber zur Zeit aus politischen und technischen Gründen der letzte Weg: durch Abänderung des Militärgesetzes die ostasiatischen Truppenteile dem Reichsheer als Bestandteil anzugliedern. Hierin birgt sich die einfachste Lösung aber nur dann, wenn man die Existenz des kaiserlichen Kontingents praktisch durchführt. In diesem Falle könnten die heute in China stehenden Formationen als kaiserliche unter Ausübung sämtlicher Militärhoheitsrechte durch das Reich bestehen, auch wenn sonst noch einzelstaatliche Kontingente einen Teil des Reichsheers bilden. Die Zugehörigkeit württembergischer und sächsischer Offiziere und Soldaten würde zwar wohl den[49] Bestimmungen der Militärkonventionen über die Erhaltung dieser Kontingente als geschlossener Bestandteile des Reichsheers und dem Gesetz vom 26. Mai 1893 betr. die Ersatzverteilung widersprechen. Allein zur Anordnung dieses Zustands ist der Kaiser gemäss Art. 63 Abs. 4 R.-V. befugt[50]; überdies bildet die Organisation der Verkehrstruppen und die Zusammensetzung der Strassburger Garnison einen Präcedenzfall.

---

[49] Bezüglich Sachsens nicht rechtsverbindlichen, Laband a. a. O. II S. 508.

[50] Die Zustimmung des Königs von Württemberg dürfte nötig sein.

Auch der Einverleibung bayrischer Truppen in das kaiserliche Kontingent steht kein rechtliches Hindernis im Wege; nur müsste sie durch einen Akt der bayrischen Gesetzgebung genehmigt werden, der wohl bei der ausnahmsweisen Verwendung der Truppe heute schon zu erhoffen ist. Denn es wird dabei eine Abänderung des Bündnisvertrags vom 23. Nov. 1870 getroffen, durch welche Bayern auf Rechte verzichtet. Will man aber an der Fiktion der vier königlichen Kontingente[51] festhalten, so gelangt man neben einer niedlichen Verwickelung der Zuständigkeits- und Verwaltungsverhältnisse zu geradezu komischen staatsrechtlichen Ergebnissen. Wie es mit der Benennung der Kommandobehörden und den Hoheitsabzeichen aussieht, ist mir unbekannt, doch scheint es damit anders gehalten zu werden als in Deutschland. Ich weiss auch nicht, ob die Bayern auf Befehl des Prinz-Regenten im Frieden nach China gesandt wurden oder nach erfolgter Mobilmachung auf kaiserlichen Befehl; dass sie aber im fernen Osten dem letzteren unterstehen, bezweifelt niemand. Dieses Verhältnis kann, wenn man die völkerrechtliche Anschauung aufrecht erhält, es sei dem Sohne des Himmels nicht der Krieg erklärt worden, überhaupt bloss dadurch auf den Rechtsboden gestellt werden, dass der bayrische Bündnisvertrag samt der Reichsverfassung den Zusatz erhält, dem Krieg stehe die freundschaftliche Intervention in die inneren Verhältnisse auswärtiger Mächte zwecks Verbreitung europäischer Kultur gleich. Denn von einer Delegation des Oberbefehls des Königs von Bayern im Frieden an den Kaiser kann keine Rede sein; allermindestens wäre ein bayrisches Gesetz hierfür nötig, also auch in München noch eine Partikular-Indemnität für Verletzung der Reservatrechte! Die Besatzungsbrigade in Metz war wenigstens ein geschlossener Truppenteil, dessen Zugehörigkeit zur bayrischen

[51] Im R.-G. v. 26. Mai 1893 betr. die Ersatzverteilung: Reichsmilitärkontingente unter einzelstaatlicher Verwaltung genannt!

Armee gewahrt und äusserlich kenntlich war. Aber wie steht es mit dem 5. ostasiatischen — nicht kgl. bayrischen — Infanterie-Regiment und gar mit den bayrischen Offizieren und Mannschaften der Spezialwaffen, die mit andern deutschen Brüdern in dieselben taktischen Einheiten gesteckt wurden[52] und Vorgesetzten aus anderen Kontingenten im tiefsten chinesischen Frieden gehorchen müssen? Das ist eine glatte Verletzung des unantastbaren Bündnisvertrags und der heiligen Reservatrechte. Nicht viel besser ergeht es den aus ihren geschlossenen heimatlichen Kontingenten gerissenen schwäbischen und sächsischen Reitern, Kanonieren und Pionieren, Aerzten und Beamten; auch bezüglich ihrer in Ostasien kämpfenden Infanteriebataillone ist die Konventionsverletzung kaum geringer, als wenn sie gleich einem kaiserlichen Kontingent einverleibt würden. Von dem Durcheinander zwischen kaiserlichen und königlichen Rechten bei dem angeblichen preussischen Kontingent in China will ich ganz schweigen; da könnte man Bände schreiben, wenn man dessen Rechtsverhältnisse im Sinne der Theorie von den vier Landeskontingenten erörtern müsste. Vor dem national-geeinten Ausland wären wir schliesslich mit unserem braven Expeditionskorps trotz dessen Tüchtigkeit blamiert, wie das heilige römische Reich mit seiner Kontingentsmannigfaltigkeit bei Rossbach[52a].

V. Das Ergebnis dieser Untersuchung ist einfach: Wenn je, so ist jetzt bei der gesetzlichen Regelung des ostasiatischen Expeditionskorps die Gelegenheit gegeben, zu einer richtigen, brauchbaren und entwickelungsfähigen Gestaltung unseres Heerwesens zu kommen. Jetzt gilt es zu handeln. Darum sollen hier kurz die einzuschlagenden Wege bezeichnet werden. Wir

---

[52] Nicht zu verwechseln mit der gänzlich verschiedenen Rechtslage der z. B. in Preussen wohnenden und dort eingestellten bayrischen Wehrpflichtigen.

[52a] Seit Drucklegung dieses Aufsatzes (März 1901) ist durch Annahme des Nachtragsetats und die kaiserliche Verordnung über die Hoheitszeichen bei den ostasiatischen Truppentheilen ein guter Schritt vorwärts gethan, wenn auch noch immer keine genügende Ordnung geschaffen ist.

haben zu fordern: Durchführung der heutigen Rechtslage, Herbeiführung der heute möglichen Fortschritte zur Einheit, Ermöglichung des späteren Abschlusses. Demgemäss einige man sich über folgendes Programm, welches auch die Gegner der de lege lata vorgetragenen Ansichten annehmen können und die zuständigen Stellen verwirklichen mögen:

1. Abtretung der preussischen Kontingentsherrlichkeit an das Reich durch Abänderung der preussischen Verfassung.

2. Verkündung der kaiserlichen Kontingentsherrlichkeit über alle Truppen ausser denen von Bayern, Sachsen, Württemberg und Organisation der kaiserlichen Kommandobehörden durch kaiserliche Verordnung.

3. Verkündung der kaiserlichen Kontingentsherrlichkeit über alle Truppen ausser denen der vier Königreiche jeweils durch Verordnung der Landesherren und Senate[53].

4. Errichtung des dem Reichskanzler unterstellten Reichskriegsamtes und der übrigen Behörden der Reichsmilitärverwaltung durch Reichshaushaltgesetz.

5. Aufhebung der preussischen, sächsischen und württembergischen Kriegsministerien durch Landesgesetze und Aenderung des Reichshaushaltsgesetzes.

6. Regelung der ostasiatischen Truppenteile durch Abänderung des Reichsmilitärgesetzes[54].

7. Unterstellung der in denselben stehenden bayrischen Offiziere und Mannschaften bezw. taktischen Formationen unter die in Bayern nicht geltenden Bestimmungen der Reichsverfassung durch bayrisches Landesgesetz[55].

---

[53] Insoweit dieser Schritt nicht notwendig ist, bleibt er doch politisch wünschenswert.

[54] Die Zuteilung der Sachsen und Württemberger kann wie bei den Verkehrstruppen erfolgen.

[55] Die Zuteilung zum ostasiatischen Expeditionskorps kann dann auf Grund der kaiserlichen Befugnisse aus Art. 63 Abs. 4 geschehen.

8. Als letzte Aufgabe für später, wenn nicht für uns so doch für unsere vernünftigeren Enkel: Abtretung der sächsischen und württembergischen Kontingentsherrlichkeit an das Reich durch Abänderung der Militärkonventionen, Uebertragung der bayrischen Militärhoheit an den Kaiser durch Abänderung des Bündnisvertrags vom 23. Nov. 1870.

Ein guter Teil dieser Forderungen könnte mit ernstem Willen und vorurteilsfreier Gesinnung schon im Jahre 1901 erfüllt werden. Dass wir diesen Weg zur Einigung im Heerwesen schreiten müssen, beweisen die Bedürfnisse der heutigen Zeit, deren thatsächliche, ungesetzliche Befriedigung nicht genügt. Man bringe also das Staatsrecht mit der Sachlage in Einklang. Den weiteren Fortschritt mögen wir einstweilen der Zukunft überlassen im siegesfreudigen und jugendkräftigen Vertrauen, dass das 20. Jahrhundert dem deutschen Volke gehören wird.

Rente und Armenunterstützung.

Von

Stadtrat H. v. Frankenberg in Braunschweig.

Bei der Vorbereitung der deutschen Arbeiterversicherungsgesetze ist man sich von Anfang an bewusst gewesen, dass durch die neue, auf der Grundlage des Zwanges aufgebaute Fürsorge seitens besonderer Körperschaften und Verbände eine erhebliche Entlastung der öffentlichen und privaten Armenpflege eintreten würde. Mit Rücksicht hierauf hat man es zwar nicht bei der Unfall-, wohl aber bei der Invalidenversicherung für angemessen gehalten, sowohl den Arbeiter selbst, als auch das Reich an der Aufbringung der erforderlichen Mittel zu beteiligen. Die Begründung zum „Gesetze, betr. die Alters- und Invaliditätsversicherung“[1] bemerkt mit Recht (S. 56):

> „Gerade weil der Arbeiter für den Fall seiner Erwerbsunfähigkeit vor der Inanspruchnahme der Armenpflege thunlichst bewahrt werden soll, bedarf es einer von ihm selbst aufzubringenden Leistung, welcher als Gegenleistung der Anspruch auf Alters- und Invalidenversorgung entspricht.“

Ebenso wird (S. 57) für die Zubilligung des Reichszuschusses angeführt, dass durch die Invaliditäts- und Altersversicherung eine bedeutende Erleichterung einer anderen öffentlichen Last,

[1] Drucksachen des Reichstages 1888/89 No. 10, Anlage.

der öffentlichen Armenpflege, eintrete. Die bisherigen Träger der Armenlast, die öffentlichen Armenverbände, würden unbestrittenermassen durch die derzeitige Armengesetzgebung so ungleichmässig getroffen, dass die Uebernahme wenigstens eines Teils der Armenlast auf die breitesten Schultern, d. h. auf das Reich, wiederholt in Anregung gebracht worden sei. Die Alters- und Invaliditätsversicherung biete den gewiesenen Weg, um den in dieser Beziehung laut gewordenen berechtigten Wünschen in der Gestalt des Reichsbeitrags entgegen zu kommen.

In überzeugender Weise ist in den Motiven zum Unfallversicherungsgesetze[2] darauf hingewiesen, dass die gesetzliche Verpflichtung der Gemeinden und sonstigen Verbände, durch Unfall hilfsbedürftig gewordenen Arbeitern Unterstützung zu gewähren, durch die Versicherung keine Veränderung erleiden werde; es solle aber das zu diesem Zwecke Geleistete von den Berufsgenossenschaften erstattet werden und zu dem Ende der Entschädigungsanspruch des Unterstützten gegen die letzteren bis zum Betrage der geleisteten Unterstützung auf die fragliche Gemeinde u. s. w. übergehen.

Noch ausführlicher wird bei der Begründung zum Inv.- u. Alt.-Vers.-G.[3] S. 90ff. zu § 26 betont, das Bedürfnis, auch neben der Alters- und Invaliditätsversicherung die öffentliche Armenpflege aufrecht zu erhalten, ergebe sich aus der Notwendigkeit, unter allen Umständen Sicherheit dafür zu geben, dass den Versicherten im Falle der Hilfsbedürftigkeit das unentbehrlichste Mass von Fürsorge jederzeit geboten werden könne. Wie bei der Unfall- und der Krankenversicherung müsse hier gleichfalls die Armenpflege aushilfsweise für die Fälle in Kraft bleiben, in welchen einem erwerbsunfähigen Versicherten aus irgend welchen Gründen eine Rente nicht oder noch nicht gewährt sei, ebenso aber auch in den Fällen, in welchen die Rente ihrem Betrage

[2] Drucksachen des Reichstages 1884 No. 4 S. 47.

[3] Vgl. Anmerkung 1.

nach etwa nicht ausreichen sollte, um die Hilfsbedürftigkeit aufzuheben. Wo aber thatsächlich die öffentliche Armenpflege in Anspruch genommen sei, da könne den betreffenden Armenverbänden das Recht nicht verschränkt werden, zur Deckung ihrer Leistungen und in Höhe derselben an die Ansprüche des Unterstützten auf Alters- und Invalidenrente sich zu halten. Denn die Armenpflege sei begriffsmässig eine höchst subsidiäre Einrichtung und bleibe ausgeschlossen, sobald und soweit anderweite Unterhaltsmittel vorhanden seien, ohne Rücksicht darauf, welchen Charakter die letzteren trügen.

Man könnte sich versucht fühlen, darüber zu streiten, ob es überhaupt hätte zugelassen werden sollen, dass den hilfsbedürftigen Versicherten, die durch ihre oder ihrer Arbeitgeber Beiträge ein unantastbares Anrecht auf die Gewährung der Arbeiterfürsorge erworben zu haben glauben, eine Einrede aus der Person der Armenverbände entgegen gestellt würde, die für sie vorübergehend oder dauernd haben eintreten müssen. Indes gerade auf diesem Gebiete muss man sich vor Prinzipienreiterei hüten: die Ausübung der Armenpflege setzt wesentlich ein Ausgehen von rein praktischen Gesichtspunkten voraus, es soll dem Unterstützungsbedürftigen das, was er für sich und die nächsten Angehörigen zum Unterhalte gegenwärtig braucht, gegeben werden, es ist dabei aber die Beschränkung auf das unbedingt Notwendige ein unerlässliches Erfordernis. Verfehlt wäre es, einem durch Unfall arbeitsunfähig gewordenen Familienvater, dessen Rentenansprüche noch nicht festgestellt sind, die beantragte Armenunterstützung unter Hinweis auf die zu erwartenden Rentenbezüge zu versagen: ein derartiges Verfahren würde zu gerechter Beschwerde Anlass geben, denn es können Monate darüber vergehen, bis eine Unfallrente zur Auszahlung gelangt. Die Armenunterstützung muss also bis auf weiteres erfolgen. Auf der anderen Seite aber würde es unbillig sein, den Versicherten später, ohne jede Rücksicht auf etwa inzwischen empfangene

Armengelder, die Unfallbezüge für die abgelaufene Zeit voll und ungekürzt auszuzahlen; es läge darin eine Doppelzahlung, zu der es an ausreichendem Anlasse fehlt. Die Rentenberechtigten könnten dadurch in Versuchung geraten, absichtlich das Verfahren der Rentenfestsetzung durch ihr Verhalten nach Möglichkeit hinaus zu zögern, damit sie zunächst die Armenunterstützung, nachher aber für den gleichen Zeitraum die Unfallrente ohne Schmälerung erhielten. Angesichts dieser aus der Praxis geschöpften Bedenken ist es durchaus gerechtfertigt, dass die Reichsgesetzgebung einen angemessenen Ausgleich zwischen Rente und Armenunterstützung angestrebt hat. Da die im verflossenen Jahre in Kraft getretenen Novellen einige wichtige Aenderungen der betreffenden Rechtssätze mit sich gebracht haben, so wird es angezeigt sein, einen Ueberblick über die einschlägigen Bestimmungen zu gewinnen.

Die ursprüngliche Vorschrift in § 8 Unf.-Vers.-G. vom 6. Juli 1884 besagte:

> . . . „Die Verpflichtung von Gemeinden oder Armenverbänden zur Unterstützung hilfsbedürftiger Personen wird durch dieses Gesetz nicht berührt. Soweit auf Grund solcher Verpflichtung Unterstützungen in Fällen gewährt sind, in welchen dem Unterstützten nach Massgabe dieses Gesetzes ein Entschädigungsanspruch zusteht, geht der letztere bis zum Betrage der geleisteten Unterstützung auf . . . die Gemeinden oder die Armenverbände über, von welchen die Unterstützung gewährt worden ist.“

In § 68 Unf.-Vers.-G. war ausserdem bestimmt, dass die den Entschädigungsberechtigten auf Grund dieses Gesetzes zustehenden Forderungen mit rechtlicher Wirkung weder verpfändet noch auf dritte übertragen, noch für andere als die im damaligen § 749 Abs. 4 C.-P.-O. bezeichneten Forderungen der Ehefrau und der ehelichen Kinder und die des ersatzberechtigten Armenverbandes gepfändet werden könnten.

Gleiche Bestimmungen befanden sich in §§ 11, 73 Landw. Unf.-Vers.-G. vom 5. Mai 1886, in §§ 6, 38 Abs. 2 Bau-Unf.-Vers.-G. vom 11. Juli 1887, in §§ 15, 76 See-Unf.-Vers.-G. vom 13. Juli 1887 und in §§ 35, 40 Inv.- u. Alt.-Vers.-G. vom 22. Juni 1889.

Die Schwierigkeiten, auf welche die schon seit 1894 von der Reichsregierung in nahe Aussicht genommene Umgestaltung der Unfallversicherung in Unternehmerkreisen und im Reichstage stiess, haben es mit sich gebracht, dass das um fünf Jahre jüngere Reichsgesetz über die Invaliditäts- und Altersversicherung früher einer Aenderung auch in dieser Hinsicht unterzogen ist, als die Unfallversicherungsgesetzgebung.

In der Begründung zu dem jetzigen Invalidenversicherungsgesetz[4] wird hervorgehoben, die Bestimmung in § 35 Inv.- u. Alt.-Vers.-G. sei in der Praxis mehrfach dahin ausgelegt worden, dass nicht der ganze, auf eine Reihe von Einzelleistungen gerichtete „Anspruch“ auf Rente, sondern nur diejenige Rate auf den Armenverband übergehe, welche auf den Zeitraum, für den die Armenunterstützung gewährt wurde, entfalle[5]. Da nun die Rente monatlich im voraus zu zahlen sei, so werde die Bestimmung des Gesetzes durch diese Auslegung nahezu beseitigt und äussere höchstens noch dann ihre Wirksamkeit, wenn es sich um die Auszahlung von Rentenbeträgen handle, die für die Zeit vor Feststellung des Rentenanspruchs nachzuzahlen seien. Soweit es sich nicht um solche Nachzahlungen handle, müsse die Liquidation, die ein Armenverband am Schlusse eines Monats für die im Laufe desselben geleisteten Unterstützungen einreicht, stets er-

---

[4] No. 93 der Reichstagsdrucksachen 1898/99 S. 277 ff.

[5] Diese Auslegung ergiebt sich aus der ständigen Rechtsprechung des Reichsversicherungsamts sowohl in Invaliden- und Altersrenten-, wie in Unfallsachen; vgl. Amtl. Nachrichten des R.-Vers.-Amts 1896 S. 494 No. 1565. Die entgegengesetzte Meinung findet sich vertreten bei v. Woedtke, Kommentar zu § 35 Inv.- u. Alt.-Vers.-G.

folglos bleiben; denn derjenige Rententeil, auf den durch diese Auslegung die Zulässigkeit der Ueberweisung beschränkt bleibe, sei bereits ausgezahlt, der Gegenstand für die Befriedigung des Armenverbandes also bereits verbraucht. Es empfehle sich deshalb, die Absicht des Gesetzes durch eine Fassungsänderung bestimmter zum Ausdruck zu bringen. Dabei gebe der Entwurf den Gemeinden und Armenverbänden den Anspruch gegen die Versicherungsanstalt auf Zahlung der Rente im Betrage der geleisteten Unterstützung einfach als Ersatzforderung, die durch die Ueberweisung von Rentenbeträgen, und zwar ohne Beschränkung auf die bereits fällig gewordenen Rentenzahlungen, erfüllt werden solle. Zugleich werde, was den Umfang dieser Ersatzforderungen anlangt, die Lage der Rentenempfänger gegenüber der bisherigen Gesetzgebung insofern erheblich günstiger gestaltet, als dem Rentenempfänger die Rente in der Regel wenigstens zur Hälfte belassen werden müsse[6]. Hierbei sei zwischen vorübergehender und dauernder Unterstützung zu unterscheiden.

Dieser Gedanke ist dann in § 49 Inv.-Vers.-G. zur Durchführung gelangt, dessen zweiter, dritter und vierter Absatz folgendermassen lauten:

> „Wenn von einer Gemeinde oder einem Armenverbande an hilfsbedürftige Personen Unterstützungen für einen Zeitraum geleistet werden, für welchen diesen Personen ein Anspruch auf Altersrente zustand oder zusteht, so ist ihnen hierfür durch Ueberweisung von Rentenbeträgen Ersatz zu leisten.
>
> Ist die Unterstützung eine vorübergehende, so können als Ersatz höchstens drei Monatsbeträge der Rente, und zwar mit nicht mehr als der Hälfte, in Anspruch genommen werden.
>
> Ist die Unterstützung eine fortlaufende, so kann als Ersatz, wenn die Unterstützung in der Gewährung des Unter-

[6] S. unten S. 349.

halts in einer Anstalt besteht, für dessen Dauer und in dem zur Ersatzleistung erforderlichen Betrage die fortlaufende Ueberweisung der vollen Rente, im übrigen die fortlaufende Ueberweisung von höchstens der halben Rente beansprucht werden."

Die Begründung (S. 278), deren Ausführungen weder in der Kommission noch im Plenum des Reichstages Widerspruch erfahren haben, giebt der vorgeschlagenen Beschränkung aus allgemeinen sozialpolitischen Gründen den Vorzug, wenn sie auch anerkennt, dass sich eine weitergehende Ueberweisung von Rentenbeträgen im Hinblick auf die Natur der öffentlichen Armenunterstützung als einer höchst subsidiären, und nur beim gänzlichen Fehlen anderer Subsistenzmittel eintretenden Einrichtung an sich wohl rechtfertigen liesse. Jedenfalls erwachse den Rentenempfängern durch die Neuerung der Vorteil, dass der bei der bisherigen Fassung des Gesetzes naheliegenden Möglichkeit vorgebeugt werde, wonach der Rentenempfänger, welcher einmal vorübergehend Armenunterstützung empfangen habe, durch die ohne Einschränkung zulässige Inanspruchnahme künftig fällig werdender Monatsbeträge der Rente aus der Armenpflege gar nicht mehr herauskommen könne. Sofern aber die Rente in Ausnahmefällen nicht ausreiche, um den Eintritt dauernder Hilfsbedürftigkeit auszuschliessen, werde es mit Recht als beschwerlich empfunden, wenn der Armenverband jedesmal, etwa am Schlusse eines jeden Monats, besondere Anträge bei der Versicherungsanstalt stellen solle, um seine Auslagen betreffs der fortlaufend weiter gewährten Unterstützung erstattet zu erhalten. Andererseits könne in solchen Fällen nach dem bisherigen Rechte die ganze Rente durch die Leistungen des Armenverbandes aufgezehrt werden, so dass der Rentenempfänger trotz der früher von ihm entrichteten Beiträge thatsächlich nicht in den Genuss einer Rente gelange. In den ersten Jahren nach dem Inkrafttreten des Invaliditäts- und Altersversicherungsgesetzes habe man dies mit in den Kauf nehmen können, weil auf Grund der Ueber-

gangsbestimmungen die Renten wirklich ohne nennenswerte Gegenleistungen gewährt seien[7]. Je länger aber mit fortschreitender Geltung des Gesetzes der Einzelne zur Entrichtung von Beiträgen genötigt bleibe, um so härter würde es empfunden werden, wenn man ihm beim Eintritte der Hilfsbedürftigkeit neben den Leistungen der Armenpflege nichts auf Grund der Versicherung gewähren wollte. Aus diesen Gründen sei bei fortlaufender Armenunterstützung eine fortlaufende Ueberweisung angemessen, es werde aber, wie bei der vorübergehenden Armenunterstützung, die Ueberweisung auf die Hälfte der Rente beschränkt, so dass die andere Hälfte dem Rentenempfänger ohne Anrechnung auf die nach Massgabe der sonstigen Bestimmungen des öffentlichen Rechts weiter zu gewährenden Leistungen der öffentlichen Armenpflege verbleibe. Hiervon könne indes ohne Nachteil für die Versicherten eine Ausnahme dann zugelassen werden, wenn dem Rentenempfänger die fortlaufende Armenunterstützung durch Gewährung des Unterhalts in einer Versorgungsanstalt (Krankenhaus, Siechenhaus u. s. w.) geleistet werde. In diesem Falle sei bis zu dem zur Ersatzleistung erforderlichen Betrage die Ueberweisung der laufenden vollen Rentenbeträge, die ja dem Rentenempfänger die Bestreitung seines Lebensunterhalts ermöglichen sollten, an den für diesen Unterhalt aus eigenen Mitteln sorgenden Armenverband durchaus gerechtfertigt.

Fast wörtlich mit dem § 49 des neuen Inv.-Vers.-G. übereinstimmend ist die am 1. Januar 1902 in Kraft tretende Vorschrift in § 25 Gew.-Unf.-Vers.-G., deren Motive (S. 65ff.) ebenfalls auf die in der Praxis hervorgetretene Auffassung hinweisen, durch welche der Uebergangsanspruch leicht illusorisch werden könnte, weil die Rente für die betreffende Zeit schon erhoben ist. Aus dieser Erwägung heraus ist man zu einer Erweiterung

---

[7] §§ 156, 157 Inv.- u. Alt.-Vers.-G.

der Rechte des Armenverbandes auf der einen Seite gelangt; anderseits sind für die Beschränkung derselben Rechte auf den halben Satz (abgesehen von geschlossener Anstaltspflege) und auf drei Monatsraten (bei vorübergehender Unterstützung) die oben angeführten Gründe massgebend gewesen.

Der Rechtszustand hat sich also erheblich geändert. Und auch die **Grundlage** des armenrechtlichen Anspruchs der unterstützenden Behörde auf die Rente ist eine andere geworden. Bisher herrschte kaum ein Zweifel darüber, dass es sich um einen Uebergang des Rentenbezugsrechts von dem ursprünglich Befugten auf den Armenverband kraft des Gesetzes, um eine cessio legis handle, wie diese auch dem haftpflichtigen Unternehmer gegenüber besteht (EGER, Haftpflichtgesetz, 5. Aufl. S. 78). Jetzt ist diese Auffassung, deren Schlussfolgerungen das Reichsversicherungsamt scharfsinnig, aber ohne besondere Rücksichtnahme auf die Bedürfnisse der Armenpraxis gezogen hatte (oben Anm. 5), offenbar mit Absicht verlassen, und es ist den Armenverbänden die Befugnis gegeben, kraft eigenen Rechts von den Versicherungsanstalten und Berufsgenossenschaften Ersatz für ihre Aufwendungen, wenn auch in gewissen Grenzen, zu fordern[8]. Dieser Ersatzanspruch ist allerdings nicht völlig losgelöst von der Person des ursprünglich Rentenberechtigten, sondern er hängt davon ab, ob demselben damals, als die Unterstützung gewährt wurde, Rente zustand, und ob auch fernerhin Rentenbeträge ihm zu zahlen sein würden. Es kann beispielsweise ein Armenverband, der in den Monaten Juli, August und September dem Empfänger einer Invalidenrente von 12 Mk. ohne Kenntnis dieses Umstandes daneben 10 Mk. Unterstützung zahlen liess, nach dem am 30. Sept. erfolgten Tode des Rentners nicht eine Ersatzforderung gegen die Landesversicherungsanstalt in Höhe von drei halben Monatsraten = 18 Mk. erheben, denn mit dem

[8] Uebereinstimmend OLSHAUSEN in der „Arbeiterversorgung" Bd. 17 No. 3 S. 45 ff.

Ableben des Rentenempfängers ist die Voraussetzung für fernere Zahlungen auch gegenüber dem Armenverband selbstverständlich erloschen. Der willkürlichen Verfügung des Rentenempfängers sind indes die fällig werdenden Monatsbeträge der Rente entzogen. Der auf Ersatz bedachte Armenverband braucht es sich z. B. nicht gefallen zu lassen, dass ein Dritter ohne weiteres als Zessionar an die Stelle des ursprünglichen Empfängers getreten zu sein behauptet. Nur in den Grenzen des § 55 Inv.-Vers.-G. und § 96 Gew.-Unf.-Vers.-G. ist die Uebertragung, Verpfändung oder Pfändung der Rente für Dritte zulässig. Etwas reichlich weitgehend ist die Bestimmung des Schlussabsatzes:

„Ausnahmsweise darf der Berechtigte den Anspruch auf die Rente ganz oder zum Teil auf andere übertragen, sofern dies von der unteren Verwaltungsbehörde genehmigt wird."

Es könnte den Anschein haben, als ob hierdurch die Rechte des ersatzsuchenden Armenverbandes leicht gefährdet würden. Es muss indes von den zuständigen Stellen, bei welchen das Genehmigungsrecht liegt (Landratsämter, Stadtmagistrate grösserer Städte u. s. w.) erwartet werden, dass sie von der ihnen verliehenen Befugnis nur mit äusserster Vorsicht Gebrauch machen und grundsätzlich einer Uebertragung sich abgeneigt erweisen. Nach der Gesetzesbegründung[9] ist man davon ausgegangen, dass es unter besonderen Umständen für den Versicherten erwünscht sein werde, wenn er seinen Rentenanspruch ganz oder zum Teil auf andere übertragen könne. Dies werde z. B. der Fall sein, wenn der Rentenempfänger durch Uebertragung seines Rentenanspruchs sich die Aufnahme in ein Siechenhaus, eine Versorgungsanstalt u. dgl. ermöglichen könnte. Die Genehmigung der unteren Verwaltungsbehörde biete ausreichende Sicherheit dafür, dass eine Uebertragung auf andere nur dann stattfinden werde, wenn dies im wohlverstandenen Interesse des Renten-

[9] S. 281 der Anl. 93 der Reichstagsdrucksachen 1898/99.

empfängers geschehe. Es wird sich empfehlen, wenn die Behörde bei Erteilung ihrer Zustimmung nur „bis auf weiteres“, also widerruflich die Uebertragung zulässt. Treten dann veränderte Verhältnisse ein, welche die Fortdauer des fremden Bezugsrechts unbillig erscheinen lassen (z. B. die Aufnahme des ursprünglichen Empfängers in ein Krankenhaus auf Kosten der Armenanstalt), so hat die Verwaltungsbehörde freie Hand und kann auf Antrag die Ueberweisung der Rente an die Armenkasse veranlassen.

Die **Voraussetzung** für den Ersatzanspruch des Armenverbandes bildet stets die Gewährung einer öffentlichen Armenunterstützung an den Rentenberechtigten. Eine reine Liberalität, wie der Erlass von Steuern oder Schulgeld, die Gewährung freier Lehrmittel, die Bewilligung von Stiftungsgeldern, Stipendien u. dgl. genügt nicht[10]. Es muss aus der Armenkasse der betreffenden Gemeinde, des Kreises u. s. w. die Unterstützung geflossen sein, mag sie in barem Gelde oder in der Beschaffung von Nahrungsmitteln, Kleidung, Feuerung, Obdach und Pflege bestanden haben. Betreffs der Höhe des zu ersetzenden Armenaufwands muss darauf hingewiesen werden, dass die Armenverbände in ihren gegeneinander zu erhebenden Forderungen an gewisse niedrige Taxen und Normen gebunden sind. § 30 Abs. 3 Unterst.-Wohns.-G. schreibt vor, dass für solche Kostenrechnungen, soweit nicht bezirksweise nach Abs. 4 das. ein Tarif massgebend ist, die allgemeinen Verwaltungskosten der Armenanstalten, sowie besondere Gebühren für die Hilfeleistung fest remunerierter Armenärzte nicht in Ansatz gebracht werden dürfen. Es ist deshalb in der Regel nur auf die

---

[10] Eger, Unterstützungswohnsitzgesetz 4. Aufl. Anm. 3 zu § 1 S. 9 ff. Auch die Bezahlung von Schulden ist regelmässig keine Armenunterstützung. Amtl. Nachrichten des R.-Vers.-Amts 1889 S. 359 No. 755; Wohlers-Krech, U.-W.-G. 7. Aufl. § 14 Anm. 5 unter f, vgl. Anm. 3 A unter e das. betreffs der von privater Seite im Auftrage des Armenverbandes gewährten Unterstützungen.

der Beköstigung, den Medikamenten und etwaigen besonderen Kuraufwand gewidmeten Ausgaben Rücksicht zu nehmen. Wenn danach der eine Armenverband von einem anderen als Ersatz der täglichen Krankenhauskosten meist nur 1 Mk. bis 1 Mk. 20 Pf., bei neu eingerichteten grossen Anstalten allenfalls bis zu 1 Mk. 50 Pf. für den Pflegling fordern darf[11], so ist damit nicht gesagt, dass auch den Versicherten sowie den Berufsgenossenschaften und Landesversicherungsanstalten gegenüber diese mässigen Sätze zur Anwendung gelangen, welche ohne Rücksicht auf Verzinsung und Tilgung der Grunderwerbs- und Baukosten und auf die allgemeinen Verwaltungsausgaben bemessen sind. Es ist also sehr wohl denkbar, dass eine Unfallrente von monatlich 60 Mk. in vollem Umfange seitens des Armenverbandes, der den Rentenempfänger im Krankenhause verpflegt, in Anspruch genommen wird.

Unrichtig ist die Auffassung PILOTY's[12], dass der Ersatzanspruch nur für eine Unterstützung bestehe, welche im Sinne des Armenpflegerechts als endgiltige geleistet worden sei, und dass von dem Ersatzrecht aus § 49 Inv.-Vers.-G. so lange kein Gebrauch gemacht werden könne, als ein Regressrecht nach Armenpflegerecht bestehe, z. B. für Gemeinden des augenblicklichen Aufenthalts gegenüber der Heimatgemeinde oder der Unterstützungswohnsitzgemeinde. Für diese Auslegung fehlt es in dem Gesetze an der genügenden Grundlage, da von der „endgiltigen" Unterstützung nirgends die Rede ist. Es kann auch nicht unerwähnt gelassen werden, dass die PILOTY'sche Ansicht für die vorläufig eintretenden Armenbehörden des Aufenthaltsorts ausserordentliche Härten und Unzweckmässigkeiten mit sich bringen würde. Die oben dargelegte Möglichkeit, vollen Ersatz für die Aufwendungen bei Anstaltspflege zu erhalten, indem

---

[11] WOHLERS-KRECH § 30 Anm. 30 unter d S. 123 ff.
[12] Handausgabe des Inv.-Vers.-G. 2. Aufl. Anm. 3 zu § 49 S. 137.

die niedrige Taxe (1 Mk. bis 1 Mk. 50 Pf.) gegen den endgiltig verpflichteten Armenverband geltend gemacht, und daneben die Mehrkosten (für Verwaltungszwecke, allgemeine Aufwendungen u. dgl.) von der Berufsgenossenschaft, Landesversicherungsanstalt u. s. w. gefordert würden[13], müsste in Wegfall kommen, wenn die Rentenansprüche lediglich eine Domäne des endgiltig verpflichteten Armenverbandes wären. Ausserdem bietet, wie jeder Armenrechtspraktiker weiss, ein Ersatzrecht dieser Art oft eine willkommene Handhabe, um die zeitraubenden und lästigen Verhandlungen wegen der Feststellung des Unterstützungswohnsitzes oder der Landarmeneigenschaft zu vermeiden und sich unmittelbar bei dem Versicherungsträger zu decken. Warum soll es dem Armenverbande des Aufenthaltsortes verwehrt werden, das Gute hinzunehmen, wo er es findet? Es wird ja häufig genug auch bei Regressansprüchen anderer Art, z. B. bei Alimentations- und Entschädigungsforderungen, von dem vorläufig eintretenden Armenverbande die Auseinandersetzung mit dem endgiltig haftenden Organe verschmäht, weil die direkte Verhandlung mit dem privatrechtlich Verpflichteten rascher und einfacher zum Ziele führt. In vielen Fällen gehört es sogar zu den Pflichten des Aufenthaltsorts und seiner Armenpflegeorgane, zunächst sich davon zu überzeugen, ob nicht derartige zur Unterstützung verbundene und bereite Dritte vorhanden sind, und eine Nachlässigkeit in der Ermittelung und Heranziehung dieser Personen kann den Verlust oder die Minderung des armenrechtlichen Anspruchs zur Folge haben[14].

Dass der endgiltig verpflichtete Armenverband ebenfalls die Rente als Ersatzmittel in den gesetzlichen Grenzen für sich

[13] „Arbeiterversorgung“ Bd. 15 S. 627. Das Bundesamt für das Heimatwesen nimmt mit v. Woedtke (Anm. 6 zu § 57 Kr.-Vers.-G.) ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung des vorläufig unterstützenden Armenverbandes an; anderer Meinung das Preuss. Oberverwaltungsgericht.

[14] Entscheidungen des Bundesamts für das Heimatwesen Bd. 30 S. 40.

verlangen kann, ist natürlich zuzugeben. Dabei hatte man sich früher streng an den Wortlaut zu halten, wonach der Ersatz nur für diejenigen Unterstützungen, welche von diesem Armenverbande schon geleistet worden sind, deren Erstattung an die verauslagende Aufenthaltsgemeinde also seinerseits bewirkt war, gefordert werden konnte[15]. Diese Einschränkung ist jetzt gefallen, da ausdrücklich von den Unterstützungen geredet wird, welche an Hilfsbedürftige geleistet werden. Wie die Auseinandersetzung zwischen mehreren auf die Rente Anspruch erhebenden Armenverbänden formell erfolgt, davon wird bei der Besprechung des Verfahrens (unten S. 346ff.) die Rede sein; in materieller Hinsicht aber gilt hier auch: „Wer zuerst kommt, mahlt zuerst", d. h. wem es zuerst gelungen ist, eine Rentenüberweisung seitens der Landesversicherungsanstalt u. s. w. zu erzielen, der lässt den anderen das Nachsehen. Werden aber mehrere an sich berechtigte Ersatzansprüche neben einander, wenn auch nicht gerade gleichzeitig, vor Erlass einer Rentenanweisung geltend gemacht, so hat das gleich starke Recht der verschiedenen Armenverbände, neben denen gegen die Berufsgenossenschaft auch Krankenkassen u. s. w. auftreten können, eine Teilung des Ersatzgegenstandes zwischen ihnen nach Verhältnis der Höhe ihrer Forderungen zur Folge[16].

Ein ganz besonderer Fall der Anspruchskollision, welcher der Praxis vor dem neuen Invaliditätsversicherungsgesetze Schwierigkeiten bereitet hatte[17], ist jetzt durch §§ 50 Abs. 2, 44 Abs. 4 a. a. O. geregelt. Es kann vorkommen, dass der Armenverband zur Deckung seiner Auslagen den Invalidenrentenantrag stellt oder aufgreift, ohne vor dem Tode des Renten-

---

[15] Vgl. ebenso in Bezug auf Ersatzforderungen gegen Krankenkassen nach § 57 des Kr.-Vers.-G. das Urteil des Herz. Verwaltungsgerichtshofs in Braunschweig vom 21. Sept. 1898; „Arb.-Versorg." Bd. 16 S. 73.

[16] Uebereinstimmend Piloty § 50 Inv.-Vers.-G. zu Abs. II S. 140.

[17] Amtl. Nachrichten des R.-Vers.-Amts 1898; S. 371 No. 665.

berechtigten in den Besitz eines bewilligenden Bescheides zu gelangen. Wenn nun die Witwe oder die noch nicht 15 Jahre alten Kinder des Verstorbenen den ihnen meist vorteilhafteren Antrag auf Erstattung der halben Beitragssumme nach § 44 Inv.-Vers.-G. geltend machen, so schliesst dieser Antrag schlechthin den Armenverband aus, er kann sich nicht auf wohlerworbene Rechte oder zeitlichen Vorrang berufen, sondern er muss es ruhig über sich ergehen lassen, dass den betreffenden Angehörigen die Beitragshälfte zurückgezahlt wird. Für eine Pfändung, Beschlagnahme oder anderweite Einziehung der fraglichen Summe für den Armenverband fehlt die gesetzliche Grundlage, da § 55 Inv.-Vers.-G. keine Handhabe bietet.

In anderer Beziehung wird man indes nicht umhin können, einen Ersatzanspruch des Armenverbandes mittelst Befriedigung aus der Rente auch da anzuerkennen, wo nicht der Rentenempfänger allein oder unmittelbar, wo vielmehr andere Personen mit ihm oder durch ihn unterstützt sind. Wenn z. B. ein altes Ehepaar aus Armenmitteln monatlich 12 Mk. erhalten hat, weil zwar der Ehemann noch einigen Verdienst aufweisen konnte, während die Frau ganz arbeitsunfähig war, so muss sich der Ehemann, dem die Altersrente bewilligt wird, in den gesetzlichen Schranken den Abzug der Armenunterstützung wie der Rente gefallen lassen (anderer Meinung Illing in der „Arbeiterversorgung“ Bd. XV S. 618). Ebenso bringt es der Grundsatz der armenrechtlichen Familieneinheit mit sich, dass im umgekehrten Falle auch auf die Rente der Frau wenigstens teilweise die ihrem gebrechlichen Manne gewährte Armengabe anzurechnen ist.

Nicht eine Rechts-, sondern eine Zweckmässigkeitsfrage ist es, ob auch für diejenigen Unterstützungen, deren Leistung aus Armenmitteln selbst in Anbetracht des Bezuges der vollen Rente daneben erforderlich war, durch Rückgriff auf dieselbe und deren fernere Raten Ersatz gefordert werden darf. Hat z. B. der

Empfänger einer Invalidenrente von 13 Mk. 50 Pf. ein krankes Kind sechs Wochen lang auf Armenkosten im Krankenhause verpflegen lassen, so steht theoretisch der Forderung des Ersatzes für diese vorübergehende Unterstützung, die einen Kostenaufwand von 42 · 0,75 = 35 Mk. verursacht haben mag, nichts entgegen: für drei Monate wird der Invalide also die Kürzung der Rente auf 6 Mk. 75 Pf. zu Gunsten des den gleichen Betrag einziehenden Armenverbandes dulden müssen[18]. Auf anderem Gebiete liegt die Erwägung, ob es billig und ob es zweckmässig ist, von der Befugnis der Ersatzforderung in solchen Fällen schonungslos Gebrauch zu machen (vgl. unten S. 349ff.). Immerhin wird der Armenverband des bisherigen Unterstützungswohnsitzes dann, wenn inzwischen z. B. durch Verheiratung einer Rentenempfängerin deren Unterstützungswohnsitz ein anderer geworden ist, am wenigsten zur Rücksichtnahme geneigt sein, da die Kürzung der ferneren Rentenbezüge nicht ihm, sondern dem neu verpflichteten Armenverbande des Ehemanns die Gefahr der Gewährung von weiteren Unterstützungen bringt. Bleibt aber ein und derselbe Armenverband verpflichtet, so würde er sehr unpraktisch handeln, wenn er mit der einen Hand die Rente (wenigstens zur Hälfte für ein Vierteljahr) in Anspruch nehmen wollte, während er mit der anderen der betreffenden Familie, die mit der halben Rente schlechterdings ihren Unterhalt nicht bestreiten kann, aufs neue Armengelder verwilligen müsste.

Wenden wir uns nun dem **Verfahren** bei Geltendmachung der armenrechtlichen Rentenforderungen zu, so muss als grosse Erleichterung hervorgehoben werden, dass jetzt sowohl in der

---

[18] Auch wenn die dauernde Unterbringung des Kindes in geschlossener Armenpflege (Taubstummenanstalt u. dgl.) erforderlich wäre, kann m. E. doch immer nur die halbe Rente dafür eingefordert werden, weil sich § 49 Abs. 4 Inv.-Vers.-G. nach den Motiven (oben S. 323) nur auf den Aufenthalt des Rentners selbst in Anstalten bezieht.

Invaliden- wie in der Unfallversicherung deutliche und ausführlichere Gesetzesbestimmungen vorhanden sind, welche manche bisher eifrig erörterte Streitfrage aus der Welt geschafft haben. Dem sonst so sehr den Bedürfnissen des täglichen Lebens gerecht werdenden Reichsversicherungsamte[19] kann der Vorwurf nicht erspart bleiben, dass es die früher geltenden Vorschriften in einer Weise ausgelegt hat, welche für die Verwaltungsbehörden das Ersatzverfahren ausserordentlich unbequem und schwerfällig gestaltete. Es war nicht abzusehen, weshalb damals in jedem Falle das Anerkenntnis des Rentenberechtigten, dass der Ersatzanspruch des Armenverbandes in dem fraglichen Umfange begründet sei, gefordert und bei dem Mangel dieser Einwilligung der umständliche Weg der Rentenhinterlegung beschritten werden sollte, während es doch nur eine Beweisfrage wie jede andere war, ob die Voraussetzungen der cessio juris (oben S. 324) vorlagen. Die Austragung der Streitigkeit zwischen dem ursprünglich Rentenberechtigten und dem Armenverbande durch das ordentliche Gericht passt nicht in das ganze Getriebe unserer deutschen Arbeiterversicherung hinein. § 50 Inv.-Vers.-G. schreibt nun in Abs. 1 vor, dass der A n t r a g auf Ueberweisung von Rentenbeträgen (§ 49 Abs. 2—4) b e i d e r u n t e r e n V e r w a l t u n g s b e h ö r d e des letzten Wohn- oder Beschäftigungsorts oder der von der Centralbehörde hierfür eingesetzten Rentenstelle a n z u m e l d e n i s t; bei Ersatz für v o r ü b e r g e h e n d e Unterstützungen muss der Anspruch spätestens innerhalb von drei Monaten nach deren Beendigung geltend gemacht werden. Die Begründung (S. 279 a. a. O.) bemerkt dazu, die Erstattungsansprüche der Gemeinden und Armenverbände beruhten vorwiegend auf Unterstützungen, die vor Zubilligung einer Rente gewährt seien. Es müsse deshalb auch über die Grundlage dieser Ansprüche, nämlich das Bestehen einer Rentenforderung

[19] Amtl. Nachrichten, Inv.- u. Alt.-Vers. 1895 S. 227 No. 434—436.

an sich, zunächst Entscheidung getroffen werden, und so würden die Ersatzanträge meistens schon im Laufe des Rentenfeststellungsverfahrens geltend gemacht, so dass die Feststellung mit dem Rentenanspruche zugleich erfolgen könne, wenn nicht das Ersatzrecht streitig sei. Die Ersatzansprüche würden daher zweckmässigerweise bei der für Entgegennahme des Rentenantrags zuständigen Dienststelle zu erheben sein. Aber auch dann, wenn Armenunterstützungen an Personen gegeben seien, die schon Rente empfingen, liege es im Interesse der Vereinfachung des Verfahrens, die Erstattungsforderung des Armenverbandes bei derselben Stelle anmelden zu lassen. Die Obliegenheit der letzteren werde sich meistens darauf beschränken, die Zustimmung des Rentenempfängers zu der beanspruchten Ueberweisung herbeizuführen und alsdann diese bei dem Anstaltsvorstande zu veranlassen.

Diese Bemerkung der Motive wird, abweichend von ihrer Auslegung durch OLSHAUSEN (S. 47 ff. der „Arbeiterversorgung" Bd. XVII No. 3) dahin aufzufassen sein[20], dass nur die wirklich bisher im Genusse der Rente befindlichen Personen, um ihre Zustimmung befragt werden sollen, da es sich um einen Eingriff in die durch Bewilligungsbescheid begründeten Verhältnisse dreht; wenn dagegen überhaupt noch keine Rente angewiesen war, entbehrt die Forderung der vorgängigen Einwilligung des ursprünglichen Bewerbers nach wie vor der gesetzlichen Stütze (oben S. 332). Im zweiten Absatz des § 50 Inv.-Vers.-G. ist ausdrücklich bestätigt, was die Rechtsprechung des Reichsversicherungsamtes bereits ständig angenommen hatte[21]: die Armenbehörde kann ihren Ersatzanspruch auch dann noch selbständig geltend machen, wenn die hilfsbedürftige Person, welcher ein Anrecht auf Invaliden- oder Altersrente zustand, vor Stellung des Rentenantrages gestorben ist. Mit Recht ist zur

[20] So auch S. 128 ff. a. a. O.

[21] Amtl. Nachrichten 1893 No. 312, 1894 No. 391, 1898 No. 665.

Begründung dieser Abweichung von der Regel, dass die Antragstellung bei Lebzeiten des Berechtigten ein formelles Erfordernis sei, auf die praktisch bedenklichen Folgen hingewiesen, welche ein strenges Festhalten an jenem Grundsatze zu Ungunsten der Armenorgane haben würde: der unterstützte Rentenberechtigte würde es in der Hand haben, durch Unterlassung der Stellung des Rentenantrages die den Armenverbänden zur Erleichterung der Armenlasten gegebenen Ersatzansprüche zu vereiteln.

Während die Vorschriften des Invalidenversicherungsgesetzes betreffs des Ersatzverfahrens im allgemeinen sinngemäss auf das Gebiet der Unfallversicherung übernommen sind (§ 26 Gew.-Unf.-Vers.-G.), lag zu der Nachbildung der letztgedachten Bestimmung im Unfallrechte keine Veranlassung vor, weil bekanntlich die Unfallrenten ohne Antrag von Amtswegen für die Berechtigten oder deren Rechtsnachfolger festzustellen sind. Es erschien entbehrlich, den in die Stelle des Rentenberechtigten eintretenden Armenverbänden ausdrücklich das Recht der Geltendmachung trotz des Ablebens ihres Rechtsvorgängers zu sichern (Begründung zum Gew.-Unf.-Vers. G. S. 67 bei § 8).

Von besonderer Bedeutung ist angesichts des oben (S. 332) über die frühere Praxis des Reichsversicherungsamts Gesagten die Neuregelung des Verfahrens bei Streitigkeiten zwischen den Beteiligten über den Anspruch auf Ueberweisung von Entschädigungsbeträgen. Während es nach altem und neuem Rechte unzweifelhaft geblieben ist, dass die Armenverbände ihren Streit mit der Landesversicherungsanstalt oder Berufsgenossenschaft im gewöhnlichen Rentenverfahren, nötigenfalls also vor dem Schiedsgerichte und dem Reichsversicherungsamte als Prozessparteien (auch als Nebenintervenienten) auszufechten haben[22], weist die neue Vorschrift (§ 50 Abs. 3 Inv.-Vers.-G.; § 26 Abs. 2 Gew.-Unf.-Vers.-G.) die Streitigkeiten zwischen dem ursprünglich

[22] Amtl. Nachrichten 1888 S. 196 No. 499; 1890 S. 505 No. 878.

Rentenberechtigten und einem Armenverbande oder mehreren Bewerbern dieser Art (auch Krankenkassen u. dgl.) dem Verwaltungsstreitverfahren oder, wo ein solches nicht besteht, der dem Ersatzberechtigten vorgesetzten Aufsichtsbehörde zu. Die Entscheidung derselben darf binnen Monatsfrist nach der Zustellung im Wege des Rekurses nach Massgabe der §§ 20, 21 R.-Gew.-O. angefochten werden.

Ich vermag mich nicht davon zu überzeugen, dass die in der Begründung zum Inv.-Vers.-G. S. 279 hervorgehobene Anlehnung an §§ 57 Abs. 2, 3, § 58 Abs. 2 Kranken-Vers.-G. hier zweckentsprechend gewesen ist. Für das Gebiet des Krankenversicherungsgesetzes ist ohnehin in vielen Teilen des Deutschen Reiches das verwaltungsgerichtliche Verfahren eingeführt. Bei der Invaliden- und Unfallversicherung aber fehlt es nicht an besonderen Spruchinstanzen, den Schiedsgerichten für Arbeiterversicherung und dem Reichsversicherungsamte, welche unter Zuziehung von Arbeitgebern und -nehmern über die Rentenansprüche zu Gericht sitzen. Man hätte einfach diesen Spruchstellen die Entscheidung hinsichtlich des Rentenüberganges mit überweisen sollen, um so mehr, als die Begründung (oben S. 332) zutreffend betont, es werde sich meist um die Erstattung solcher Unterstützungen handeln, welche vor Zubilligung einer Rente geleistet seien; es würde dann zugleich mit der Entscheidung über den Rentenanspruch selbst die Uebergangsfrage erledigt werden können[23].

Unzutreffend ist es auch, wenn die Motive a. a. O. erwähnen, der bei Streitigkeiten über den Rentenübergang bisher erforderlichen Hinterlegung der fälligen Rentenbeträge bedürfe es künftig nicht mehr, weil die Befriedigung aus den später fällig werdenden Raten der Rente erfolgen könne. Dabei ist nicht genügend berücksichtigt, dass die Befriedigung in manchem Falle nicht oder nicht mehr aus den zukünftigen Rentenbeträgen möglich ist: so

---

[23] Vgl. Fey und Dietz, „Die Inv.- u. Alt.-Vers." Bd. 9 S. 90; Archiv für öffentl. Recht Bd. 14 Heft 2 S. 238 Anm. 551.

bei Wegfall der Rente durch Tod, Wiedererlangung der Erwerbsfähigkeit, Kurentziehung, Verbüssung längerer Freiheitsstrafen, Verheiratung, Ueberschreitung des 15. Lebensjahres seitens der Waisen eines Verunglückten, Auswanderung u. a. m., ferner in den Fällen, in welchen der Armenverband auch in Zukunft neben der vollen Rente noch Aufwendungen für deren Empfänger bezw. dessen Familie zu machen haben würde, z. B. bei Krankenhausbehandlung, Unterbringung im Armenhause u. dgl. Wenn hier der ursprünglich Berechtigte den Uebergang der Rente bestreitet, so bleibt nichts übrig, als nach § 372 B. G.-B.[24] die öffentliche Hinterlegung eintreten zu lassen, wenn der Schuldner, also die Landesversicherungsanstalt, Berufsgenossenschaft u. s. w., infolge der nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewissheit über die Person des Gläubigers, d. h. des endgiltigen Rentenempfängers, die Zahlungsverpflichtung nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann.

Es ist schliesslich noch die **Wirkung** zu besprechen, welche der Ersatzanspruch der Armenverbände gegenüber dem Rentenverpflichteten nach den bisherigen Beobachtungen hat. Und in enger Verbindung damit steht die Erörterung der Frage, inwieweit die Armenpflege überhaupt durch die Unfall- und die Invalidenversicherung beeinflusst wird. Es haben hierüber wiederholt amtliche und private Erhebungen stattgefunden[25]; vor allem muss anerkannt werden, dass der deutsche Verein für Armenpflege und Wohlthätigkeit dieser Angelegenheit von Anfang an die vollste Aufmerksamkeit zugewendet hat. Schon am 25. September 1891 hat er auf Antrag des Dr. Freund die Einsetzung eines Ausschusses beschlossen, der bei nahezu 400 Armenverbänden sich über deren Beobachtungen in dieser

[24] Vgl. hierzu Art. 144 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch und die Ausführungsbestimmungen der Einzelstaaten.

[25] Vgl. Braun, Archiv für soz. Gesetzgebung und Statistik Bd. 11 Heft 1—2 S. 265 ff.

Richtung erkundigt hat. Seitdem ist mehrfach in den Jahresversammlungen des Vereins die Frage erörtert, und man ist zu dem Ergebnisse gelangt, dass die Armenpflege durch die Arbeiterversicherung in bedeutendem Umfange eine Entlastung erfahren habe, dass aber der durch das Eintreten der Versicherungsorgane erzielte Gewinn ungefähr aufgewogen werde durch Mehraufwendungen der Armenkassen, die ihre Erklärung in den gesteigerten Lebensansprüchen der unbemittelten Bevölkerung finden und eng mit der intensiveren Pflege der Versicherten durch die Krankenkassen, Versicherungsanstalten und Berufsgenossenschaften stehen.

Eine im Erfolge ähnliche Ausbeute[26] hat die Umfrage geliefert, welche der Reichskanzler durch Rundschreiben vom 29. April 1894 an die verbündeten Regierungen gerichtet hat; und in welcher über die Leistungen der öffentlichen Armenpflege von 1884—1893 Auskunft gewünscht wurde; gleichzeitig war Antwort darüber erbeten, ob die Armenpflege durch die Arbeiterversicherung entlastet sei, ob sich die Zahl der Unterstützten und die Summe des Armenaufwands nicht gemindert habe, welches der Grund für diese Erscheinung sei, endlich ob die Armenpflege oft ergänzend neben den Trägern der Versicherung oder vorläufig an ihrer Stelle habe eingreifen müssen.

Das Stimmungsbild, das auf diese Weise gewonnen ist, macht allerdings auf Vollständigkeit keinen Anspruch, weil die Handhabung und Berechnung der Armenunterstützung in den gehörten Bezirken, deren Zahl etwa 1500 beträgt, eine gar zu verschiedene ist. Es kann aber selbst von den Gegnern unserer Arbeiterversicherung nicht geleugnet werden, dass der bei weitem grösste Teil der befragten Armenverwaltungen die entlastenden Wirkungen der neuen Gesetze anerkennt. Besonders wird betont, dass der Zweck, dem Eingreifen der öffentlichen Armen-

[26] Vierteljahrshefte zur Statistik des Deutschen Reichs, Jahrgang 1897 Heft II S. 1—54; vgl. unten S. 353 bei Anm. 44.

pflege vorzubeugen, in grossem Umfange erreicht sei, weil man viele Unbemittelte durch die Fürsorge vor der sonst notwendig werdenden Verschuldung, Verschleuderung oder Abpfändung des Inventars, des Nutzviehs u. s. w., also vor der Verarmung und all ihren demütigenden Folgen geschützt habe. Es ist mit Freude zu begrüssen, dass zur weiteren Ausdehnung des Gebiets der beteiligten Personen in den am 1. Oktober 1900 in Kraft getretenen Unfallnovellen die erforderlichen Schritte gethan sind[27]. Allerdings stehen noch grosse Kreise ausserhalb des Rahmens der Unfallgesetze, z. B. die meisten Handwerke, die Hauswirtschaft, viele handelsgewerbliche Betriebe u. a. m. Hoffentlich ist ihre Einbeziehung nicht mehr allzu fern. Vor allen Dingen aber liegt ein Fortschritt darin, dass die Novellen in Bezug auf das Rentenverfahren einen Teil der Lehren berücksichtigt haben, welche sich aus den erwähnten Umfragen ableiten liessen.

Die Erhebungen ergaben, dass sehr häufig die Armenpflege mit vorläufigen Unterstützungen aushelfen musste, weil die Festsetzung der Renten zu lange Zeit in Anspruch nahm. Das war ein in hohem Grade zu bedauernder Uebelstand, zumal wenn berücksichtigt wird, welche öffentlich-rechtlichen Folgen die Gewährung von Armenunterstützung für die Empfänger nach sich zieht[28]. Nun könnte man freilich einwenden, dass diese nachteiligen Einwirkungen durch das später erfolgende Eintreten der Versicherungsorgane, welche zur Nachzahlung der Rente für die abgelaufene Zeit verpflichtet sind, wieder ausgeglichen würden. Es ist indes in hohem Grade zweifelhaft, ob diese wohlwollende Handhabung des Wahlaufsichtsrechts derart, dass die erstattete

---

[27] §§ 1, 2 des Gew.-Unf.-Vers.-G.; §§ 152 ff. des See-Unf.-Vers.-G.; § 25 No. 2 des sog. Mantelgesetzes vom 30. Juni 1900 (R.-Ges.-Bl. S. 335 ff.)

[28] Reichswahlgesetz vom 31. Mai 1869 § 3 No. 3. Die landesgesetzlichen Wahlvorschriften sprechen meistens in ähnlicher Weise von einem Ruhen des aktiven und passiven Wahlrechts für die aus Armenmitteln Unterstützten.

Armenunterstützung als überhaupt nicht gewährt behandelt wird, dem gesetzgeberischen Willen entspricht. Die Ermittelungen des deutschen Vereines für Armenpflege und Wohlthätigkeit haben sich auch auf die in dieser Hinsicht üblichen Verwaltungsgrundsätze erstreckt und zu dem Ergebnisse geführt, dass ein durchaus ungleichmässiges Verfahren beobachtet wird[29]. Manche Behörden sehen das Wahlrecht auch dann in den gesetzlichen Grenzen als ruhend an, wenn die empfangenen Armengelder auf Heller und Pfennig zurückgezahlt sind, und es lässt sich nicht leugnen, dass § 77 Kranken-Vers-.G.[30] eine gewisse Stütze für diese strengere Auffassung bietet. Dort ist bestimmt, dass diejenigen Unterstützungen, welche nach Massgabe des § 57 Abs. 2 und 3 ersetzt sind, nicht als öffentliche Armenunterstützungen gelten sollen. Es liegt nahe, aus der Thatsache, dass man diese Sondervorschrift im Krankenversicherungsgesetz für zweckmässig gehalten hat, den Schluss zu ziehen, dass auf den verwandten Gebieten der Invaliden- und der Unfallversicherung in Ermanglung einer derartigen Bestimmung auch die nachträglich durch Renten gedeckten Armenunterstützungen ihren Charakter nicht verlieren. Sehr wünschenswert wäre es gewesen, wenn diese heikle Frage bei Erlass der jüngst in Kraft getretenen Novellen eine einheitliche, klare Regelung gefunden hätte. Obgleich dies nicht geschehen ist, wird hoffentlich bei Aufstellung der Wahllisten die mildere Anschauung die Oberhand gewinnen. Vor allem aber ist zu erwarten, dass durch die neuen unfallrechtlichen Vorschriften die Notwendigkeit des vorläufigen Eintretens der öffentlichen Armenpflege immer mehr in den Hintergrund gedrängt wird.

In dieser Richtung kommt zunächst die Bestimmung in § 71

---

[29] „Soziale Praxis“ V. Sp. 343 und 1338.

[30] Derselbe ist durch § 76 der neuen Fassung des Krankenversicherungsgesetzes auf die Hülfskassen ausgedehnt, welche die Bescheinigung nach § 75 a besitzen.

Abs. 1 Gew.-Unf.-Vers.-G. in Betracht, wonach die Feststellung der Entschädigung für Verletzte wie für deren Hinterbliebenen „in beschleunigtem Verfahren von Amtswegen“ zu erfolgen hat; Abs. 3 das. ordnet an, dass in den Fällen, in welchen eine endgiltige Feststellung nicht sofort vorgenommen werden kann, wenigstens vorläufig eine Entschädigung zuzubilligen ist. Zur Vorbereitung der Feststellung dient bekanntlich die Untersuchung des Unfalls durch die Ortspolizeibehörde; sie muss nach der in § 64 Gew.-Unf.-Vers.-G. enthaltenen Verschärfung so bald als möglich, in allen nicht ganz leichten Fällen spätestens unmittelbar nach Eingang eines entsprechenden Ersuchens der Berufsgenossenschaft oder der beteiligten Krankenkasse ausgeführt werden, und zwar auf Antrag der genannten Stellen selbst dann, wenn die Polizeibehörde einen Betriebsunfall und eine Entschädigungspflicht nach Massgabe des Unfallrechts nicht für vorliegend erachtet (§ 64 Abs. 2 das.). Die Begründung der Novelle[31] erklärt ganz mit Recht die Unfalluntersuchung als eine dringliche und thunlichst zu beschleunigende Angelegenheit, auf deren rechtzeitige Einleitung und baldige Beendigung um so mehr mit Nachdruck hinzuwirken sei, als ein erheblicher Wert auf den lückenlosen Anschluss der Unfallentschädigung an die Leistungen aus der Krankenversicherung gelegt werden müsse. Derselbe Gesichtspunkt findet sich bei § 58 des Entwurfs[32]:

> Die Beschleunigung der Feststellung der Entschädigungen ist eine dringende Aufgabe aller beteiligten Stellen . . . Dem entspricht es, wenn die Verpflichtung zur Bewilligung vorläufiger Entschädigungen durch die neue Fassung . . . den Berufsgenossenschaften allgemein und ohne die bisherigen Beschränkungen in allen denjenigen Fällen auferlegt worden ist, in denen irgend welche nicht sofort zu behebende Anstände der endgiltigen Festsetzung der Entschädigung noch im Wege

[31] A. a. O. S. 81 zu § 53 Gew.-Unf.-Vers.-G.

[32] Ebenda S. 83 a. E.

stehen. Bestimmungen über den Umfang der vorläufigen Entschädigung erscheinen entbehrlich; es kann dem pflichtmässigen Ermessen der Genossenschaftsorgane und der etwa erforderlichen Einwirkung der Aufsichtsbehörde hier der weiteste Spielraum verbleiben. Entscheidend ist auch hier der Gesichtspunkt, dass die Leistungen aus der Unfallversicherung, soweit irgend möglich, sich lückenlos an den Fortfall anderer Unterstützungen bezw. an den Tod des Verletzten anschliessen sollen.

In der Kommission des Reichstages hat man dieser Auffassung im wesentlichen beigepflichtet. Ein Antrag, die Festsetzung der Entschädigung „spätestens innerhalb vier Wochen nach dem Unfalle“ vorzuschreiben, ist mit dem Bemerken abgelehnt, dass diese kurze Frist in vielen Fällen nicht würde innegehalten werden können[33].

Es ist behauptet worden, dass eine andere Vorschrift des neuen Rechts (§ 70 Gew.-Unf.-Vers.-G.) geeignet sei, das Verfahren zu verzögern. Die Berufsgenossenschaft (Sektion, Ausschuss u. s. w.) muss ihre Absicht, eine Entschädigung in bestimmter Höhe zu bewilligen oder zu versagen, dem Berechtigten vor Erlass eines berufungsfähigen Bescheides mitteilen und ihm dabei eröffnen, dass er befugt sei, sich innerhalb zweier Wochen nach Empfang der Nachricht zur Sache entweder unmittelbar zu äussern, oder durch Vermittlung der unteren Verwaltungsbehörde seinen Einspruch zu Protokoll nehmen zu lassen. Zuzugeben ist freilich, dass bei ungeschickter Handhabung diese Einspruchsfrist die Erledigung der Sache um volle zwei Wochen aufhalten wird: wenn der mit der beabsichtigten Entscheidung vollkommen einverstandene Entschädigungsberechtigte stillschweigt und nicht sogleich (durch Postkarte u. dgl.) um entsprechende Anweisung bittet, ist die Berufsgenossenschaft ge-

[33] Kommissionsbericht No. 703a der Reichstagsdrucksachen 1898 bis 1900 S. 84 bei § 58 Gew.-Unf.-Vers.-G.

zwungen, die Erklärungszeit verstreichen zu lassen, bevor der Rentenbescheid ergehen kann. Die meisten Empfänger machen indes, soweit ich bisher beobachtet habe, von der Befugnis der Aeusserung ausgiebigen und baldigen Gebrauch. Ausserdem muss berücksichtigt werden, dass die fragliche Bestimmung, deren endgiltige Fassung erst nach hartnäckigen Kämpfen im Reichstage selbst zu stande gekommen ist, während die Kommission die Unterlagen der Entschädigungsfeststellung dem Berechtigten in allen Fällen durch Vermittlung der unteren Verwaltungsbehörde vorlegen lassen wollte[34], lediglich die Interessen der Rentenempfänger im Auge hat: durch die ihnen gewährte Gelegenheit zur Aeusserung wird manche Weiterung, die sonst dem schiedsgerichtlichen Verfahren vorbehalten bleiben würde, von vornherein abgeschnitten. Wünschenswert ist natürlich, dass die Berufsgenossenschaften dem Verletzten nicht erst ganz gegen Schluss des Karenzvierteljahrs, sondern thunlichst schon nach 8—10 Wochen von der geplanten Rentennormierung Kenntnis geben, und dass sie ferner in möglichst grossem Umfange sich des Rechts der Gewährung vorläufiger Entschädigungen bedienen; ebenso ist es die Pflicht der als untere Verwaltungsbehörden bestellten Magistrate, Landrats- und Bezirksämter, dass sie die Aeusserung des Berechtigten ohne irgend welchen Verzug entgegennehmen und an das Rentenorgan weitergeben. Dann wird die nachteilige Einwirkung dieser Vermittlungsinstanz so gut wie völlig ausgeschlossen.

Ein sehr wesentlicher Fortschritt ist durch die Regelung der zwischen verschiedenen Berufsgenossenschaften auftauchenden Zuständigkeitsstreitigkeiten gemacht, durch deren Erledigung bisher die Bewilligung einer Rente oft um ein ganzes Jahr oder länger verzögert werden konnte. Die Begründung zu § 59 (jetzt 73) neuen Gew.-Unf.-Vers.-G. führt aus[35], der Ent-

[34] S. 83 das., S. 65 der Anlage 1 zu No. 703 a.
[35] S. 84 ff. a. a. O.

schädigungsberechtigte sei häufig im Zweifel darüber, bei welcher Berufsgenossenschaft sein Anspruch anzumelden sei, sowohl wenn es sich um einen nicht in den Listen (Katastern) einer Genossenschaft geführten Betrieb handle, als auch, wenn bei dem Ineinandergreifen der verschiedenen Betriebszweige eine Trennung zwischen dem Gebiete der einen und der anderen Genossenschaft auf Schwierigkeiten stosse. Thatsächlich ist es z. B. wegen dieses Streits über die zuständige Entschädigungsstelle vorgekommen, dass die Witwe eines im Mai 1899 tödlich verunglückten Schneiders noch im November 1900 ohne Rente war, weil die Bekleidungsindustrie- und die Speditions-, Speicherei- und Kellereiberufsgenossenschaft nicht zu einer Verständigung wenigstens über vorläufige Fürsorge gelangten. Erst das Reichsversicherungsamt half, indem es bestimmte, dass der fragliche Betrieb (ein grosses Warenhaus mit Herren- und Damenkonfektion) hinsichtlich der Thätigkeit des Verunglückten der Bekleidungsindustrie angehöre.

Es war dringend notwendig, an Stelle dieses schwerfälligen Systems ein Verfahren zu setzen, das den Beteiligten so rasch als möglich die ihnen gebührende Entschädigung verschafft[36]. Deshalb soll fortan der Anspruch in zweifelhaften Fällen bei derjenigen Berufsgenossenschaft geltend gemacht werden, welcher nach der Meinung des Rentenbewerbers die Zahlungspflicht obliegt. Die angerufene Stelle hat alsdann nur in dem Falle einen ablehnenden Bescheid zu erlassen, wenn sie glaubt, dass überhaupt keine Rente zu gewähren sei. Ist sie aber der Ansicht, dass eine Entschädigung an den Bewerber zwar geleistet werden muss, dass aber nicht sie, sondern eine andere Berufsgenossenschaft dafür einzutreten habe, so soll sie nicht eine Abweisung vornehmen, sondern dem Berechtigten eine vor-

[36] Selbst für die Fälle einer rechtskräftigen, aber vom Reichsversicherungsamte für unzutreffend gehaltenen Abweisung aus Zuständigkeitsgründen ist jetzt in § 82 Abhülfe geschaffen.

läufige Fürsorge zuwenden und sich unter Mitteilung der gepflogenen Verhandlungen wegen Anerkennung der Entschädigungspflicht mit dem Vorstande der anderen Genossenschaft ins Einvernehmen setzen. Wird von letzterem die Entschädigungspflicht abgelehnt oder binnen sechs Wochen keinerlei Erklärung abgegeben, so muss die Entscheidung des Reichsversicherungsamts darüber herbeigeführt werden, welche Stelle zu zahlen hat. Die vorläufig eingetretene Genossenschaft kann von der endgiltig verpflichteten die Erstattung ihrer Leistungen fordern. Ueber den Umfang der einstweiligen Fürsorge sind keine besonderen Vorschriften erlassen, offenbar ist beabsichtigt, eine vorläufige Unterstützung zu gewähren, die vor Not und vor Inanspruchnahme der Armenkasse schützen soll. Die Entschädigung, welche nach den gesetzlichen Regeln eintritt, ist damit nicht gemeint, sie erfordert zeitraubende Ermittelungen betreffs der früheren Lohnhöhe und des Masses der Erwerbsbeschränkung. Zunächst kommt es nicht hierauf, sondern auf eine Vorschussleistung an, die sich in gewissen bescheidenen Grenzen zu halten hat, da es unter Umständen[37] schwer fallen würde, bei niedrigerer Bemessung der endgiltig zugesprochenen Unfallrente die höheren Sätze der vorläufig gewährten Fürsorge wieder einzufordern. Es darf mit Bestimmtheit erwartet werden, dass durch sachgemässe Handhabung des § 73 Gew.-Unf.-Vers.-G. eine erhebliche Erleichterung für die Armenverbände eintritt, zumal da, wenn nicht eine Berufsgenossenschaft, sondern sie selbst die vorläufige Fürsorge übernehmen müssten, aus § 25 Abs. 4 (oben S. 323) leicht eine Beschränkung ihres Anspruchs auf Erstattung vorübergehender Aufwendungen bis zu der Höchstgrenze von drei halben Monatsraten abgeleitet werden kann.

Eine ebenso augenfällige Verbesserung hat § 87 Gew.-Unf.-

---

[37] Die Motive weisen hauptsächlich auf den Fall hin, in welchem zwischen einer gewerblichen und einer landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaft die Zahlungspflicht streitig ist.

Vers.-G. gebracht: nach erfolgter Feststellung der Entschädigung muss der Genossenschaftsvorstand eine Mitteilung über die dem Berechtigten zustehenden Bezüge an die untere Verwaltungsbehörde seines Wohnorts gelangen lassen; Veränderungen der Rente sind ihr gleichfalls anzuzeigen. Diese Vorschrift ist dem § 122 Inv.-Vers.-G. (früher § 86 Inv.- u. Alt.-Vers.-G. wörtlich nachgebildet[38]. Die Begründung (S. 93 a. a. O. zu § 64) bemerkt dazu, bei der unteren Verwaltungsbehörde sollten nach dem Plane des Gesetzes alle auf die Durchführung der Unfallversicherung bezüglichen Nachrichten zusammenlaufen; ihr werde es zu überlassen sein, auch die Gemeindebehörde des Wohnorts zu benachrichtigen, welche wegen der ihr obliegenden einstweiligen Unterstützung Hilfsbedürftiger ein berechtigtes Interesse daran habe, regelmässig Kenntnis davon zu erlangen, ob und wieviel Unfallrente die Betreffenden beziehen. Die Unbequemlichkeiten, welche den Vorständen der Berufsgenossenschaften aus der ständigen Mitteilungspflicht erwachsen, mögen dazu geführt haben, dass in der Reichstagskommission der — glücklicherweise vergebliche! — Versuch gemacht wurde, die Neuerung aus dem Gesetze auszumerzen[39]. Regierungsseitig ist demgegenüber zutreffend darauf hingewiesen, dass die vorgesehene Kontrolle der Rentenempfänger im Interesse einer geordneten Armenpflege gar nicht zu entbehren sei, wie dies auch den wiederholt im deutschen Verein für Armenpflege und Wohlthätigkeit geäusserten Ansichten entspricht. Auch der Anregung, statt der „unteren Verwaltungs-

[38] In der Regierungsvorlage des Invaliden- und Altersversicherungsgesetzes war die Mitteilung an die Verwaltungsbehörde nicht enthalten. In der Reichstagskommission aber erklärte man es für notwendig, die betreffende Dienststelle über die Rentenempfänger ihres Bezirks auf dem Laufenden zu halten (Kommissionsbericht No. 141 der Reichstagsdrucksachen von 1888/89 S. 64 bei § 74).

[39] S. 92 des Kommissionsberichts; No. 703 a der Reichstagsdrucksachen von 1898/1900 bei § 64 Gew.-Unf.-Vers.-G.

behörde“ die „Gemeindebehörde“ des Wohnsitzes zu setzen, ist keine Folge gegeben, weil man es für durchaus wünschenswert hielt, eine Uebereinstimmung mit § 122 Inv.-Vers.-G. zu erzielen. Die Stadtmagistrate, Landrats-, Bezirks- und Oberämter, Kreishauptmannschaften, Kreisdirektionen u. s. w. werden auf diese Weise zu einer Art Centralstelle, durch deren Hand die Vorbereitung der Rentenanträge[40] auf der einen, und auf der anderen Seite die Ueberwachung der Beziehungen zwischen Rentenempfängern und Organen der Armenpflege geht.

Um einen Ueberblick zu gewinnen, wird es sich empfehlen, darüber Klarheit zu erlangen, wie am zweckmässigsten die Interessen der Armenverbände in dem jetzt geregelten Rentenverfahren gewahrt werden.

Bei der Invalidenversicherung liegt es der begutachtenden unteren Verwaltungsbehörde ob, Nachforschungen über etwaige Ansprüche von Organen der Armenpflege anzustellen. Eine gesetzliche Verpflichtung hierzu ist freilich nicht ausdrücklich festgestellt, es ergiebt sich aber aus der Natur der Sache, dass zu einer erschöpfenden Erörterung aller für die Entscheidung des Anstaltsvorstandes massgebenden Gesichtspunkte auch die Klärung der Regressfrage gehört. In den meisten Fragebogen, die für die Bearbeitung von Rentenanträgen eingeführt sind, ist deshalb die Erteilung von Auskunft über Gewährung von Armenunterstützungen vorgesehen. Da es nun unsicher ist, inwieweit die Anstaltsvorstände ex officio geneigt sein

---

[40] Allerdings kann von einer Vorbereitung der Rentengesuche regelmässig nur im Gebiete der Invalidenversicherung (§ 112 Inv.-Vers.-G.) die Rede sein, da hier die Aufklärung des Sachverhalts und die Begutachtung des Antrages durch die Behörde nach dessen Entgegennahme erfolgt. Im Unfallrechte ist die Einreichung des Antrages bei der unteren Verwaltungsbehörde die Ausnahme (§§ 71, 72 Gew.-Unf.-Vers.-G.), weil der Genossenschaftsvorstand von Amtswegen einschreiten soll. Wichtig ist aber die beratende Aufgabe, welche der Behörde durch § 70 Gew.-Unf.-Vers.-G. zugewiesen ist (oben S. 341).

werden, den Armenverbänden zur Geltendmachung ihrer Ersatzforderungen Gelegenheit zu geben, so sollten die unteren Verwaltungsbehörden es nicht versäumen, bei den Armenorganen anzufragen, ob sie in den gesetzlichen Grenzen Deckung in der Rente suchen wollen oder nicht. Am einfachsten vollzieht sich diese Rückfrage natürlich da, wo vorbereitende und ersatzfordernde Stelle identisch sind (Stadtmagistrate grösserer Städte u. s. w.). In der Stadt Braunschweig besteht z. B. seit längeren Jahren die Einrichtung, dass jeder Invaliden- oder Altersrentenantrag von der Magistratsstelle für Arbeiterversicherung dem Armenbureau zur Angabe etwaiger in letzter Zeit gegebener Armenunterstützungen vorgelegt wird. Diese Uebung bietet den ferneren Vorteil, dass beim Vorhandensein von Armenakten deren Inhalt oft mit Nutzen für die Klarstellung des Sachverhalts (Zeitpunkt der Erwerbsunfähigkeit, Anrechnung von Krankheitszeiten nach § 30 Abs. 2 No. 3 Inv.-Vers.-G. u. dgl.) verwertet werden kann. Wo die untere Verwaltungsbehörde mit dem Organe der Armenpflege nicht in so unmittelbarer Verbindung steht, da bedarf es zur Durchführung des Entlastungszweckes eines kurzen Schriftwechsels, der sich durch Formulare u. dgl. vereinfachen lässt. Bei Abgabe des Gutachtens gegenüber dem Vorstande der Landesversicherungsanstalt teilt dann die Behörde mit, in welchem Umfange und aus welchen Gründen die armenrechtliche Ersatzforderung erhoben wird. Unter Benutzung dieser Materialien kann bei der Rentenfestsetzung die Berücksichtigung des Erstattungsanspruches ohne Schwierigkeiten erfolgen: eine Verzögerung ist regelmässig ausgeschlossen, weil der Ortsbehörde meistens die Verhandlungen wegen der Klarstellung des Sachverhalts doch vorgelegt werden müssten, und weil es keinen Aufenthalt schafft, ob sie ihre Aeusserung durch Eingehen auf die Unterstützungsfrage vervollständigt oder nicht. Auch steht nichts entgegen, zur Vermeidung von Weiterungen den ursprünglich Rentenberechtigten darüber zu befragen, ob er

die Angaben betreffs der ihm gewährten Unterstützungen anerkennen und sich den gesetzlichen Folgen wegen des Rentenüberganges unterwerfen wolle (oben S. 324ff.).

Bei der Unfallversicherung ist es den Armenverbänden nicht ganz so bequem gemacht. Hier geht nicht jeder Rentenantrag durch die Hände der unteren Verwaltungsbehörde, die letztere ist also beim besten Willen ausser stande, von Amtswegen die rechtzeitige Geltendmachung aller Ersatzansprüche zu vermitteln, und sie muss es deshalb den beteiligten Armenverbänden überlassen, den Antrag auf Ueberweisung nach § 26 Gew.-Unf.-Vers.-G. (oben S. 334) bei dem Vorstande der Berufsgenossenschaft zu stellen und nötigenfalls im Prozesswege durchzufechten. Hierbei wird die Armenbehörde ihre vollste Aufmerksamkeit anzuwenden haben. Allerdings hat das Reichsversicherungsamt sich in anerkennenswerter Weise bemüht, die Entlastung der Armenkassen durch die Träger der Versicherung dadurch zu befördern, dass es die Berufsgenossenschaften und Anstaltsvorstände zum Entgegenkommen auf diesem Gebiete aufgefordert hat: sie sollen gegebenenfalls die ersatzberechtigte Gemeinde, über deren Eintreten mit Armenmitteln in letzter Zeit die Akten etwas ersehen lassen, auf Stellung des Erstattungsantrages hinweisen. Indes wird seitens der genannten Stellen vor der Rentenfestsetzung keineswegs gleichmässig dieser Grundsatz befolgt, zumal da die Armenunterstützung nur bis zu einem gewissen, in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkte angegeben zu werden pflegt. Ausserdem würden die Rentenbewerber sich mit Recht beklagen, wenn durch Rückfragen wegen der Armenaufwendungen die Zahlung an sie selbst, die doch „die Nächsten dazu“ sind, einen Aufschub erführe.

Was die Frage betrifft, ob die Armenverbände gut daran thun, dem Rentenberechtigten einen Teil des Betrages aus freien Stücken zu belassen, der als Ersatz der aufgewendeten Unterstützungen ihnen zusteht, so wird sich eine allgemeine Richt-

schnur bei der Vielgestaltigkeit der Lebensverhältnisse nicht wohl aufstellen lassen. Es mag indes dieserhalb auf das oben (S. 331) Gesagte verwiesen werden: man kann es den Armenorganen nicht verdenken, wenn sie jetzt, nachdem § 25 Gew.-Unf.-Vers.-G. und § 49 Inv.-Vers.-G. sie gegen früher in mancher Hinsicht ungünstiger gestellt haben, häufig dazu geneigt sind, den fiskalischen Standpunkt entscheiden zu lassen und alles zurückzufordern, was im Wege der Rentenüberweisung aus der Vergangenheit ihnen gesetzlich erstattet werden muss.

Etwas anders liegt die Sache in Bezug auf die Bemessung der Armenunterstützung nach Gewährung der Invaliden-, Alters- oder Unfallrente. Der Gesetzgeber ist hier davon ausgegangen, dass die Armenverbände auch ferner würden eintreten müssen, dass es ihnen aber gestattet werden solle, bei fortlaufender Armenunterstützung in offener Armenpflege, also nicht in Anstalten (oben S. 323) die Ueberweisung der halben Rente zu fordern. Bei dieser in der Begründung näher dargelegten Anschauung ist nicht genügend Rücksicht auf die thatsächlichen Verhältnisse genommen, welche bei der Erledigung der einzelnen Armenfälle obzuwalten pflegen. Die meisten grösseren Städte haben z. B. schon seit längeren Jahren das sog. „Elberfelder System“ in ihrer Armenpflege eingeführt, welches die Verlegung des Schwerpunktes der fürsorgenden Thätigkeit von der Gemeindebehörde, der Haupt- und Zahlstelle des Armenverbandes, auf eine grössere Anzahl von ehrenamtlich besetzten Bezirksausschüssen überträgt und diesen einen grossen Spielraum bei der Entscheidung über Bewilligung von Unterstützungen gewährt. Bei aller Freiheit der Entschliessung ist es aber, um eine gewisse Einheitlichkeit und Gleichmässigkeit in der Handhabung zu erzielen, unumgänglich nötig gewesen, für den Unterhalt einzelnstehender Personen und ganzer Familien bestimmte Normen aufzustellen, über welche hinaus nur in dringenden Fällen gegangen werden darf. Hat eine Familie ein Einkommen, das den hier-

nach massgebenden Betrag (den „Ausschlusssatz“) erreicht oder übersteigt, so ist nur aus ganz besonderen Gründen das Eintreten der Armenpflege zugelassen. Wollte man den einzelnen Bezirksausschüssen hier beliebige Entschliessung überlassen, so würde leicht ein Ueberfluten der als wohlwollend bekannten Armenbezirke die Folge sein; das geht auf keinen Fall. Wenn nun die Armenunterstützung eines Rentenempfängers in Frage steht, so werden der Armenpfleger und seine Bezirkskommission festzustellen haben, wieviel der Betreffende einschliesslich der Rente noch monatlich bezieht: die Armenverwaltung hat keine Veranlassung und kein Recht, ihm von der Rente etwas zu nehmen, wenn er durch ungeschmälerten Bezug derselben der Armenunterstützung überhoben wird. Beträgt z. B. der „Ausschlusssatz“ monatlich 12 M. für eine alleinstehende Person, so wird kaum ein Armenpfleger darauf kommen, dem Empfänger einer Altersrente von 12—15 M. etwa im Sinne der Gesetzesmotive dadurch behülflich zu sein, dass die halbe Rente der Armenkasse überwiesen, und dass daneben dem Rentner der volle Ausschlusssatz gezahlt würde. Alles, was von vorbeugender Fürsorge in der Einrichtung der Arbeiterversicherung liegt, erschiene bei einem derartigen Verfahren in Frage gestellt: so lange jemand wie hier sich ohne Armenunterstützung erhalten kann, soll man ihn nicht in die Reihe der Almosenempfänger hineinbringen. Darin liegt auch keineswegs eine Härte gegen diejenigen, welche sich durch ihre Arbeit und (bei der Invalidenversicherung) durch ihren Anteil an den Versicherungsbeiträgen ein Anrecht auf die Rente erworben haben. Neben der öffentlichen Armenpflege giebt es in Stadt und Land Einrichtungen genug, durch welche gerade den nicht zu den Almosenempfängern gehörenden Personen eine willkommene Beihülfe gewährt werden kann: Stiftungen, Pensionskassen, Wohlthätigkeitsvereine, private Fürsorge der verschiedensten Art. Die Rentner stehen sich häufig — von dem moralischen Eindrucke völlig zu schweigen!

— viel besser dabei, wenn sie sich mit ihrer Rente begnügen und nur von Zeit zu Zeit aus derartigen Mitteln eine Aufbesserung ihrer bescheidenen Verhältnisse erfahren.

Wenn indes die Rente zum Unterhalt nicht ausreicht, d. h. wenn sie weniger als der „Ausschlusssatz" beträgt, so halte ich ebenfalls einen Ueberweisungsantrag seitens der Armenbehörde nur bei Anstaltspflege für angebracht; bei letzterer schon umdeswillen dem Gesetze gemäss in voller Höhe, weil der dort Untergebrachte mit allen Lebensbedürfnissen versorgt wird, und weil bei Anstaltsinsassen der Besitz von Geldmitteln leicht zu Unzuträglichkeiten für die Anstaltsordnung[41] führt (Trunk, Bestechungsversuche u. dgl.). Indes auch hier keine Regel ohne Ausnahme: bisweilen wird ein mässiger Betrag als Taschengeld dem Berechtigten aus Billigkeitsrücksichten zu belassen sein, falls seine Persönlichkeit diese Vergünstigung rechtfertigt. In offener Armenpflege dagegen hat es schlechterdings keinen Zweck, dem Berechtigten die halbe Rente zu nehmen und ihm dafür um so mehr Unterstützung zu geben. Für durchaus empfehlenswert halte ich aber das vielfach übliche Verfahren[42], bei der Bemessung der Armengaben sich den Rentenempfängern gegenüber nicht streng an den Ausschlusssatz zu binden, sondern monatlich um einige Mark darüber hinaus zu gehen, weil sie, sozialpolitisch betrachtet, trotz ihrer Eigenschaft als Armenpfleglinge doch eine gewisse Sonderstellung einnehmen, deren Missachtung seitens der Behörde verfehlt wäre.

Wie ist nun die Armenbehörde in der Lage, über die Rentenempfänger ihres Bezirks sich auf dem Laufenden zu erhalten?

Wir haben schon die neue Bestimmung kennen gelernt (S. 345), nach welcher auch die Unfallrenten, ebenso wie dies von

[41] Begründung zum Gew.-Unf.-Vers.-G. S. 66.

[42] So in Berlin, während Elberfeld voll die Rente anrechnet, vgl. Heft 21 der Schriften des deutschen Vereins für Armenpflege S. 20, 30, 97.

jeher betreffs der Invaliden- und Altersrenten geschah, der unteren Verwaltungsbehörde des Wohnorts des Rentenempfängers anzuzeigen sind. Diese Behörde wird dem Zwecke der Einrichtung entsprechend handeln, indem sie alsbald der Gemeindebehörde des Wohnortes oder der sonstigen Vertretung des zuständigen Armenverbandes Nachricht von der Rentenbewilligung giebt; dazu gehört, was bisweilen übersehen wird, nicht nur die Angabe der Höhe, sondern auch die des Anfangstages der Rente, weil bei erheblichen Nachzahlungen für Viertel-, Halbjahre u. s. w. die Armenorgane ihr Eintreten in der nächsten Zeit entsprechend einzurichten Veranlassung haben. Da etwaige Veränderungen ebenfalls anzuzeigen sind, so wird bei Wechsel des Wohnsitzes die Ueberweisung der Rente an eine andere Postanstalt zur Auszahlung der gleichen Meldepflicht unterliegen. Uebrigens ist die Gemeindebehörde durch Anfrage bei der betreffenden Postdienststelle jederzeit in der Lage, sich sachgemässe Auskunft über die Rentenempfänger ihres Bezirks zu verschaffen und demnach das Mass etwaiger Unterstützungen zu bestimmen.

Das Reichsversicherungsamt hat alles aufgeboten, um in der Uebergangszeit die Meldeverpflichtung nutzbringend für die Armenverbände zu gestalten. Man konnte zweifelhaft darüber sein, ob auch die vor dem Inkraftreten des Hauptteils des neuen Unfallrechts (1. Okt. 1900) bewilligten Renten den zuständigen unteren Verwaltungsbehörden angezeigt werden mussten, da das Gesetz sich rückwirkende Kraft in dieser Beziehung nicht ausdrücklich beilegt. In einer Anweisung an die Berufsgenossenschaften hat das Reichsversicherungsamt indes die Auffassung vertreten, dass dem gesetzgeberischen Zwecke am besten und vollständigsten entsprochen würde, wenn sämtliche am 1. Okt. 1900 bereits laufenden Unfallrenten den genannten Behörden gemeldet würden[43]. Obgleich für die Genossenschaften eine er-

[43] Vgl. in demselben Sinne die Ausführungen in der „Arbeiterversorgung“ Bd. 17 S. 129, 660 ff.

hebliche Schreibarbeit hierdurch entsteht, ist doch der für die Wechselwirkungen zwischen Armenpflege und Arbeiterversicherung aus diesem Verfahren erwachsende Vorteil augenfällig.

Hoffentlich führt die enge Verbindung zwischen beiden Einrichtungen unter der Herrschaft des neuen Rechts immer weitere Kreise zu der Ueberzeugung von dem Nutzen der staatlich im Wege des Zwanges geordneten Arbeiterfürsorge. Zur Zeit sind freilich die Meinungen noch geteilt, aber selbst in landwirtschaftlichen Kreisen, in denen am meisten die Klagen über die Ausgaben und Scherereien der Arbeiterversicherung laut geworden sind, erkennt man allmählich mehr und mehr den Segen der Unfall-, Invaliden- und Altersversorgung an[44]. Die alten und erwerbsunfähigen Arbeiter und Arbeiterinnen geniessen durch die Rente, deren Geldbetrag in ländlichen Verhältnissen oft eine viel höhere Bedeutung als in den Städten hat, eine bedeutend gesicherte Stellung sowohl in ihrer Familie (als Altenteiler, Leibzüchter u. dgl.) als auch in der Gemeinde, der monatlich feststehende Bezug giebt ihnen einen festen Rückhalt in der Not, und sie unterscheiden sich auf das Vorteilhafteste von denjenigen, welche von den Wohlthaten der Arbeiterversicherung wegen vorzeitiger Invalidität, ungenügender Beitragsleistung u. s. w. ausgeschlossen sind. Es steht zu wünschen, dass die fortschreitende Erkenntnis dieser günstigen Einwirkung unserer Versicherungsgesetze endlich zur Ausdehnung der Krankenversicherungspflicht auf die bisher nur landesgesetzlich oder ortsstatutarisch einbezogenen land- und forstwirtschaftlichen Arbeiter[45], sowie zur Unterwerfung der noch unberücksichtigt gebliebenen

---

[44] Weber, Die Landarbeiter in den evangelischen Gebieten Norddeutschlands Heft 1 S. 119; Heft 2 S. 158; demnach haben die sozialpolitischen Gesetze, vor allem das Invalidenversicherungsgesetz, die Armenlast der Gemeinden erheblich vermindert. Den Nutzen der Einrichtung sehen die Arbeiter immer mehr ein, nur wünschen sie vielfach eine Herabsetzung der Altersgrenze auf 65 (statt 70) Jahre.

[45] Hirth's Annalen des Deutschen Reichs Bd. 33 S. 393, 403 ff.

Erwerbszweige (Handwerk, Handel, Haushaltungen, Staats-, Gemeinde-, Kirchendienst u. s. w.) unter die Unfallversicherung und zur Erweiterung der Invaliden- zu einer Wittwen- und Waisenfürsorge führen wird. Die Armenpflege wird nie ganz entbehrlich werden, und die Mehrausgaben, welche die Gemeinden für ihre Mitwirkung bei der Handhabung der Arbeiterversicherung zu machen haben, sind von Jahr zu Jahr im Wachsen begriffen. Dennoch muss dahin gestrebt werden, den Arbeitern und ihren Familien in Fällen der Krankheit und Not, um mit der kaiserlichen Botschaft vom 17. Nov. 1881 zu sprechen, „grössere Sicherheit und Ergiebigkeit des Beistandes, auf den sie Anspruch haben“, zu gewähren.

Quellen und Entscheidungen.

Rechtsfolgen der ungesetzlichen Verwendung des Vermögens geschlossener Innungen und Innungs-Krankenkassen.

Von

Kreisgerichtsrat Dr. Benno Hilse, Berlin.

Die Innungen unterliegen nach Gew.-O. § 96 der Aufsicht der unteren Verwaltungsbehörde ihres Sitzes, welche die Befolgung der gesetzlichen und statutarischen Vorschriften zu überwachen und durch Androhung, Festsetzung und Vollstreckung von Ordnungsstrafen gegen die Inhaber der Innungsämter sowie gegen die Innungsmitglieder zu erzwingen hat. Auf die von den Innungen eingerichteten Innungskrankenkassen findet diese Rechtsregel sinnentsprechende Anwendung, weil dieselben nach Gew.-O. §§ 81b, 85 zugelassene Nebeneinrichtungen sind, so dass betreffs ihrer die Innungsaufsichtsbehörde dieselben Verrichtungen ausübt, welche nach Kranken-Vers.-G. § 44 der höheren Verwaltungsbehörde als Aufsichtsbehörde der Ortskrankenkassen obliegen. Seit Inkrafttreten des Handwerksorganisationsgesetzes vom 26. Juli 1897 findet zufolge Gew.-O. § 90 aber auch der Grundsatz in Kranken-Vers.-G. § 45 Abs. 5 auf letztere Anwendung, wonach, so lange die Organe der Kasse die Erfüllung ihrer gesetzlichen oder statutenmässigen Obliegenheiten verweigern, die Aufsichts-



behörde die Befugnisse und Obliegenheiten der Kassenorgane selbst oder durch von ihr zu bestellende Vertreter auf Kosten der Kasse wahrnehmen kann.

Durch Gew.-O. § 90 ist gleichzeitig der Grundsatz in Kranken-Vers.-G. § 47 Abs. 5 auf die Innungskrankenkassen erstreckt worden, wonach, wenn eine Krankenkasse geschlossen oder aufgelöst wird, der nach Tilgung der Schuldverbindlichkeiten verbliebene Rest deren Vermögens denjenigen Ortskrankenkassen, sowie der Gemeindekrankenversicherung zufällt, welchen die der geschlossenen oder aufgelösten Kasse angehörenden Personen überwiesen werden. Auch kann auf Grund Gew.-O. § 98a eine Verteilung des nach Erfüllung der Verpflichtungen einer geschlossenen oder aufgelösten Innung verbleibenden Reinvermögens unter die Mitglieder nur insoweit beschlossen werden, als dasselbe aus Beiträgen dieser Mitglieder entstanden ist und darf keinem Anspruchsberechtigten mehr als der Gesamtbetrag der von ihm geleisteten Beiträge ausgezahlt werden, während dasselbe, sofern in dem Statut oder in den Landesgesetzen nicht ein Anderes ausdrücklich bestimmt ist, der Gemeinde, in welcher die Innung ihren Sitz hat, zur Benützung für gewerbliche Zwecke überwiesen werden soll.

Ungeachtet dieser klar und unzweideutig gefassten Vorschriften ist seitens einer ganzen Reihe von Innungen, welche es verabsäumt hatten, innerhalb der im Art. 6 des Gesetzes vom 26. Juli 1897 angeordneten einjährigen Frist ihre Satzungen den neuerlassenen Bestimmungen gemäss umzugestalten und deshalb der Schliessung verfallen waren, hinsichtlich des Vermögens der mit ihnen verbundenen Innungskrankenkassen und des Innungsvermögens selbst in der Weise verfahren worden, dass zunächst die Auflösung der Innungskrankenkasse und Ueberweisung deren Restvermögens an die Innung, demnächst jedoch die Verteilung des auf diese Weise erhöhten Innungsvermögens unter die zur Zeit der Schliessung vorhandenen Mitglieder beschlossen und auch bewirkt wurde. Auf diese Weise sind die gesetzlich berufenen Empfangsberechtigten um diejenigen Beträge benachteiligt worden, welche widerrechtlich den gewesenen Innungs-

mitgliedern ausgezahlt wurden. Es kann einem rechtlichen Bedenken nicht unterliegen, dass die Empfänger des unzulässigerweise an sie verteilten Innungsvermögens auf gegen sie erhobene Klage zur Rückerstattung verurteilt werden, und dass die Innungsaufsichtsbehörde auf Grund Gew.-O. § 96 mit Kranken-Vers.-G. § 45 Abs. 5 verpflichtet war, der Innung, wenn sie es unterlässt, ihr zustehende Ansprüche geltend zu machen, einen Vertreter zur gerichtlichen Verfolgung der Angelegenheit zu bestellen. Wenn sie rechtzeitig solches unterliess, so darf doch deren Berechtigung anerkannt werden, nachträglich dies wieder in der Weise gut zu machen, dass sie einen Vertreter zur gerichtlichen Verfolgung der Rückerstattungsansprüche der auf Grund gesetzlicher Cession berufenen Rechtsnachfolger in das Innungsvermögen gegen die gewesenen Inhaber der Innungsämter bestellt.

Auf Grund Gew.-O. § 92b Abs. 3 haften die Mitglieder des Innungsvorstandes für pflichtmässige Verwaltung wie Vormünder ihren Mündeln. Ingleichen steht zufolge Kranken-Vers.-G. § 34a die Wahrnehmung eines auf Grund der Krankenversicherung übernommenen Ehrenamts der Führung einer Vormundschaft gleich. Deshalb ist rechtlich es unanzweifelbar, dass auf die Mitglieder des Vorstandes der Innung und der Innungskrankenkasse der Grundsatz des B. G.-B. § 1833 Anwendung findet, wonach die Vormünder dem Mündel für den aus einer Pflichtverletzung entstehenden Schaden verantwortlich sind, wenn ihnen ein Verschulden zur Last fällt, und zwar unter solidarischer Haftverbindlichkeit. Aus der Rechtsregel in C.-P.-O. § 57 ist der Vorsitzende des Gerichtes nur zuständig, einem nichtprozessfähigen Beklagten einen Prozessvertreter zu bestellen, während nach C.-P.-O. § 51 die Fähigkeit einer Partei, vor Gericht zu stehen, die Vertretung nichtprozessfähiger Parteien durch andere Parteien (gesetzliche Vertreter) und die Notwendigkeit einer besonderen Ermächtigung zur Prozessführung sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts bestimmt. Nun werden zwar die Innungen auf Grund Gew.-O. § 92b gerichtlich und aussergerichtlich durch ihren Vorstand vertreten; allein mit der voll-

zogenen Auflösung oder Schliessung einer Innung fällt diese gesetzliche Vertretung fort. Es tritt also die Notwendigkeit einer besonderen Ermächtigung zur Prozessführung ein, auf welche der Grundsatz in Gew.-O. § 96 Abs. 3 Anwendung findet. Und daraus ist die Pflicht der Aufsichtsbehörde über die geschlossene Innung ableitbar, einen Vertreter zur Einklagung derjenigen Beträge des Innungsvermögens zu bestellen, welche rechtswidrig die gewesenen Vorstandsmitglieder unter die Innungsmitglieder verteilt haben.

Neben der bürgerlichrechtlichen Haftung aus B. G.-B. § 1833 haben die Mitglieder des Innungsvorstandes aber auch die Straffolgen aus St.-G.-B. § 266 verwirkt, welcher wegen Untreue straffällig erklärt Vormünder, Kuratoren, Güterpfleger, Sequester, Massenverwalter, Vollstrecker letztwilliger Verfügungen und Verwalter von Stiftungen, wenn sie absichtlich zum Nachteile der ihrer Aufsicht anvertrauten Personen oder Sachen handeln. Denn es sind durch sie sämtliche Begriffsmerkmale zum Thatbestande der strafbaren Handlung erfüllt, da sie verpflichtet waren, sich genügende Kenntnis der ihnen wissenswerten Gesetze zu verschaffen und mit Unkenntnis gehörig verkündeter sich nicht entschuldigen können; auch reicht das Bewusstsein des gesetzwidrigen Handelns aus, um die Absicht einer Benachteiligung festzustellen, während die Zuwendung eines unerlaubten Vorteils an einen Dritten stets zum Nachteile desjenigen geschieht, welchem der Anspruch zustand, der infolge der rechtswidrigen Verteilung an unbefugte Dritte ihm verkürzt wurde.





Max von Seydel.

Ein Lebensbild

von

HERMANN REHM.

Am 23. April 1901 verstarb in München in seinem friedlichen Heim an der Widenmeyerstrasse, ein Held im Leiden, MAX V. SEYDEL. Eines führenden Geistes war die deutsche Staatsrechtswissenschaft beraubt.

SEYDEL's Wiege stand in der sonnigen Pfalz, an den Ufern des deutschen Stroms, unweit der lieblichen Haardtberge, in der Feste Germersheim. Dort wurde SEYDEL am 7. Sept. 1846 geboren als der Sohn des damaligen Majors und Festungsbaudirektors WILHELM SEYDEL, der 1865 als pensionierter Generalmajor in München starb. Die Mutter SEYDEL's, THERESE, eine geborene SCHILCHER, lebt heute noch als fünfundachtzigjährige Greisin in München. Ihr einziges Kind musste sie sterben sehen.

In SEYDEL's Abstammung und seiner Vorfahren Leben spiegelt sich ein gut Stück bayerischer Geschichte.

SEYDEL vereinigte in sich pfälzisch und bayerisch Blut. Von mütterlicher Seite gehörte SEYDEL einer altbayerischen Familie an. Sein Grossvater mütterlicher-

seits wirkte zuletzt als Forstmeister in Altötting, somit in urbayerischer Gegend. SEYDEL's Vater dagegen war der Sprosse eines kurpfälzischen Geschlechts. Sowohl SEYDEL's Vater wie SEYDEL's Grossvater, JOHANN JOSEPH mit Namen, wurden in der Hauptstadt jenes weitunten am Rhein gelegenen kurpfälzischen Nebenlandes geboren, welches die kunstsinnigen Herzöge der Pfalz-Neuburger Linie als Erbteil aus dem Jülich'schen Erbstreit durch den Vergleich von Xanten im Jahre 1614 erworben hatten. Beider Geburtsort war Düsseldorf. Der Grossvater starb auch daselbst und sah so die wechselvollste Zeit der Geschichte des Herzogtums Berg an sich vorüberziehen. Da seine Geburt in das Jahr 1733, sein Tod in das Jahr 1808 fällt, erlebte er noch die letzten Jahre der Herrschaft der Pfalz-Neuburger Linie bis zu deren Aussterben im Jahre 1742. Ausser dem Uebergang des Herzogtums an das Haus Sulzbach 1742 sah er dann die Vereinigung der gesamten pfälzischen Lande mit Altbayern 1777 und den Regierungsantritt der Linie Zweibrücken-Birkenfeld 1799, und endlich sollte er noch die staatsrechtlich so bedeutsame Abtretung des Herzogtums Berg von Bayern an Frankreich 1806 und die alsbald erfolgende Errichtung des Grossherzogtums Berg unter Joachim Murat mit Düsseldorf als Residenzstadt erleben. 1795, als ihm sein Sohn WILHELM geboren wurde, war SEYDEL's Grossvater kurbayerischer Hauptmann in Düsseldorf.

Unser SEYDEL hatte nie Geschwister. Die ersten Jahre seines Lebens verbrachte derselbe in Germersheim, in einer insofern interessanten Zeit, als sich Germersheim damals in einem gewissen militärischen Aufschwunge befand. Germersheim, eine alte Reichsstadt, — ihr Stadtrecht stammt vom Jahre 1276 — war zwar bei Gründung des deutschen Bundes, im zweiten Pariser Frieden, nicht, wie ursprünglich beabsichtigt, neben Landau als deutsche Bundesfestung bestimmt, aber Bayern wurde durch Verträge aus den Jahren 1815 und 1816 verpflichtet,

die Stadt zur Festung auszubauen, und hatte zu diesem Zwecke, zur „Verstärkung des Verteidigungssystemes Deutschlands“, aus der französischen Kriegskontribution fünfzehn Millionen Franken als sog. Defensionsgelder erhalten. Allein der Abneigung gegen militärische Ausgaben entsprechend, welche damals die bayerischen Regierungskreise beherrschte, ward zur wirklichen Fortifikation Germersheims erst im Jahre 1841 geschritten. Der Bau zog sich lange hin und SEYDEL's Vater war Festungsbaudirektor. Bringt schon jedes Kind und insbesondere jeder Knabe äusseren und gewöhnlichen militärischen Dingen lebhafte Teilnahme entgegen, um wie viel mehr musste des jungen MAX Phantasie unter dem Einfluss der besonderen Stellung des Vaters von den militärischen Vorgängen in Germersheim aufs äusserste angeregt werden. Es kommt hinzu das Jahr 1849 mit dem pfälzischen Aufstand, durch welchen auch die Feste Germersheim berührt wurde. Was wäre also nach Abstammung und nach Umgebung, in welcher der Knabe heranwuchs, näher liegend gewesen, als dass auch MAX SEYDEL sich die militärische Laufbahn zum Lebensberuf erwählt hätte. Wenn dies nicht eintrat, so dürfen wir nicht den letzten Grund hiefür in einem Umstand finden, unter dem SEYDEL im späteren Leben körperlich und seelisch oft schwer zu leiden haben sollte. In früher Kindheit befiel SEYDEL eine Scharlach- und Masernkrankheit, welche die ersten Anfänge einer Veranlagung zu Schwerhörigkeit in dem jungen Körper zurückliess. Noch ehe SEYDEL in das Mannesalter eintrat, nahm diese körperliche Disposition in störender Weise zu. Jedenfalls musste SEYDEL aus diesem Grunde der militärischen Carriere entsagen.

In Germersheim noch besuchte SEYDEL die Volksschule. 1855 verzogen SEYDEL's Eltern nach München. Dort trat SEYDEL 1856 in das Ludwigsgymnasium ein, das er 1864 mit der ersten Note verliess. In die Jahre 1864—1868 fällt die Zeit seines Universitätsstudiums. Er verbrachte dieselbe bis auf sein fünftes

Semester in München. Das Wintersemester 1866/67 bezog er, um, wie jener Zeit noch durchgängig üblich, auch eine fremde Universität kennen zu lernen, die Hochschule zu Würzburg. Die Wahl dieser mag sich aus den damaligen Zeitverhältnissen erklären. Der deutsche Bruderkrieg war eben zu Ende. Seine juristischen Vorlesungen hörte SEYDEL zu einem nicht geringen Teile bei Rechtslehrern, deren Kollege er später werden sollte. In das Sommersemester 1865 fallen Institutionen, in das Winterhalbjahr 1865/66 Pandekten bei WINDSCHEID; dazu in diesem letzteren Semester noch deutsche Reichs- und Rechtsgeschichte bei v. SICHERER, Nationalökonomie und Finanz bei HERRMANN. Im Sommerhalbjahr 1866 — dem Kriegssemester — folgen Strafrecht und Strafprozess bei DOLLMANN, Handels- und Wechselrecht bei v. MAURER; im Wintersemester 1866/67 reihen sich — in Würzburg — gemeines deutsches Staatsrecht und bayerisches Verfassungsrecht bei HELD und Rechtsphilosophie und ein Publikum über den Geist des deutschen Rechts in seinen Sprüchwörtern bei DAHN an, dem er später den ersten Band seiner Gedichte „in Verehrung und Freundschaft“ widmete. In das Sommersemester fallen nochmals Strafrecht (bei PLANCK) und nochmals Handels- und Wechselrecht (bei v. SICHERER) — der Krieg hatte 1866 wohl frühzeitig die Sommervorlesungen gestört — und dazu deutsches Privatrecht bei ROTH, Kirchenrecht bei BERCHTOLD. Im Wintersemester 1867/68 hatte SEYDEL lediglich noch gemeinen deutschen Civilprozess (bei BAYER) zu belegen. Den Gegenstand des Studiums des achten Semesters, d. h. des Sommersemesters 1868, bildeten endlich Civilprozess, summarischer und Konkursprozess bei BOLGIANO, Erläuterung des bayerischen Hypothekengesetzes von ERNST AUGUST SEUFFERT und bayerisches Verwaltungsrecht bei PÖZL.

Wie SEYDEL's Studienzeit in die Periode deutschen Bruderzwistes und deutschen Bruderkrieges, so fielen SEYDEL's praktische Vorbereitungsjahre, die er 1868—1871 teils in München,

teils in Traunstein verlebte, in die Epoche deutschen Einheitskampfes und deutschen Einheitssieges. Und dies war für SEYDEL's Lebensgang von entscheidender Bedeutung. Dem staatsrechtlichen Erfolge deutscher Waffenthat, der Gründung eines auch SEYDEL's Heimatland umfassenden deutschen Verfassungsbundes verdanken wir ausschliesslich und allein, dass SEYDEL gerade der Staatsrechtswissenschaft gewonnen war.

Wie manch anderen, später und heute als Staatsrechtslehrer hervorragenden, tüchtigen Jünger der Rechtswissenschaft, der bis dahin einem anderen Zweige der Jurisprudenz zugethan gewesen, zog auch SEYDEL das grossartige staatsrechtliche Problem des jungen Deutschen Reiches an. SEYDEL war dazu einer der ersten auf der Stelle. Mutig und erfolgreich trat er an die Grundfrage heran. Im Jahre 1872 erschien in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft S. 185ff. — also ist sie anfangs 1872 entstanden — seine epochemachende Abhandlung über den „Bundesstaatsbegriff" und zwar insbesondere über die rechtliche Natur der Vereinigten Staaten, der Schweiz und des Deutschen Reiches. Die Musse nach dem Staatskonkurs, dem er sich im Dezember 1871 unterzog, bis zu seiner Einberufung als Regierungsaccessist, welche zum 1. März 1872 eintraf, hatte er zum Studium der interessanten Frage benutzt. Schon im Jahre 1873 folgte, auf den Ergebnissen dieser „staatsrechtlichen Untersuchung" konsequent weiterbauend, sein prächtiger, eingehender „Kommentar zur Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich" und nahezu gleichzeitig damit — noch in demselben Jahre — sein zwar kleineres, aber jedenfalls mühevolleres und überaus hervorragendes Werk über allgemeines Staatsrecht, die „Grundzüge einer allgemeinen Staatslehre", in welchem der jugendliche, knapp 27 Jahre alte Verfasser ein völlig neues, selbständiges System der Staatsrechtslehre aufrollte. Dasselbe war so eigenartig und anziehend, dass später, als SEYDEL zu einer der ersten Autoritäten deutscher Staatsrechtswissenschaft emporstieg und so auch

seine allgemeinen Jugendwerke rückwirkend hervorragende Bedeutung gewannen, diese „Grundzüge“ bald völlig vergriffen waren, so dass sie anfangs der neunziger Jahre bei SEYDEL's bewährtem Verleger, PAUL SIEBECK, in einem Neudruck erscheinen mussten. Inhaltlich wurde hiebei nichts daran geändert.

Dass die deutsche Staatsrechtswissenschaft lediglich der Thatsache der Gründung des Deutschen Reiches das Glück verdankt, SEYDEL zu den ihrigen zählen zu dürfen, zeigt des jungen Staatsrechtsgelehrten voraufgegangene litterarische Bethätigung. Man könnte denken, SEYDEL sei vielleicht durch HELD, bei dem er gemeines deutsches Staats- und bayerisches Verfassungsrecht hörte, oder durch PÖZL, auf dessen Vorlesung über Verwaltungsrecht er Sommer 1868 eingezeichnet war, zu staatsrechtlichen Studien angeregt worden. Allein ganz abgesehen davon, dass SEYDEL die HELD'schen Vorlesungen schon vor Gründung des Norddeutschen Bundes hörte, die Vorlesung PÖZL's über Verwaltungsrecht aber nach dem damaligen Stande der Verwaltungsrechtswissenschaft kaum tiefere rechtswissenschaftliche Probleme erörterte: wäre SEYDEL durch den öffentlich-rechtlichen Unterricht, welchen er an der Hochschule genoss, zur intensiveren Beschäftigung mit staatsrechtlichen Fragen veranlasst worden, dann hätte er dem Staatsrecht wohl auch schon seine juristische Erstlingsarbeit gewidmet. Diese hatte SEYDEL aber dem ureigensten Privatrecht entnommen. Sie behandelt „die gemeinrechtliche Lehre vom macedonianischen Senatsbeschlusse“ (Würzburg 1869, 59 S.). Es ist die Dissertation, auf Grund welcher SEYDEL nach Abgang von der Universität unter dem 13. Febr. 1869 von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät Würzburg summa cum laude zum Doktor beider Rechte promoviert wurde. Zwischen der Zeit der Herstellung dieser Monographie und seiner Untersuchung über den Bundesstaatsbegriff liegen gut drei Jahre. Wäre SEYDEL irgendwie durch seinen Universitätsstudiengang der

wissenschaftlichen Pflege des öffentlichen Rechts zugeführt worden, so hätte dies früher hervorbrechen müssen. So aber gehörten die Jahre 1869—1871 ausschliesslich der Vorbereitung auf den Staatskonkurs. Seine Freistunden widmete er nicht wissenschaftlichen Spezialstudien. Sie gehörten den Klassikern der Antike und ihren modernen Nachahmern und Uebersetzern, PLATEN, RÜCKERT, GEIBEL. An ihnen bildete er seine natürliche dichterische Begabung. 1872, nachdem er Musse bekommen, gab er ein erstes Bändchen vorwiegend antiken Stoffen gewidmeter und in antiken Versmassen gehaltener „Gedichte“ unter dem Namen MAX SCHLIERBACH — so nannte er sich nach seinem Lieblingsaufenthalt Schliersee — heraus. Dieselben erschienen in zweiter, vermehrter Auflage 1900.

Es kann Wunder nehmen, dass SEYDEL sich nicht dem akademischen Lehramt zuwandte. Der Grund hiefür lag aber wohl in den überaus günstigen und sicheren Aussichten auf eine hochgehende Laufbahn, welche sich ihm im praktischen Staatsdienst dadurch bot, dass es ihm gelungen war, im Staatskonkurs vorzüglich — mit Note I 69/168 — abzuschneiden. Die Güte dieser Note wird dadurch belegt, dass SEYDEL ungeachtet der damals vorhandenen Ueberfüllung des höheren praktischen Verwaltungsfaches bereits am 1. März 1872 als Accessist — d. i. also nach preussischen Verhältnissen als Regierungsassessor — bei der Kreisregierung, Kammer des Inneren, von Oberbayern verpflichtet wurde und schon 2 ½ Monate später — am 23. Mai 1872 — seine Einberufung — in gleicher dienstlicher Stellung als Hilfsarbeiter — in das Ministerium des Innern für Kultus- und Unterrichtsangelegenheiten erhielt, dessen Vorstand damals — und zwar schon seit 1867 — Minister v. LUTZ war, ein Umstand, welcher für SEYDEL's spätere Lebensschicksale und Erfolge von nicht zu unterschätzender Bedeutung werden sollte.

So sehr SEYDEL nun von völlig praktischer Thätigkeit in Anspruch genommen war — die Feierstunden ministerieller Hilfs-

arbeiter leiden nicht an Uebermass —, er fand doch Zeit und erhielt sogar amtlich Gelegenheit, sich auch rein wissenschaftlich litterarisch zu bethätigen und lehrend zu erproben. Seine vorzüglichen staatsrechtlichen Arbeiten hatten ihm bereits solches Ansehen und solche Anerkennung gebracht, dass der Kriegsminister ihm, dem Siebenundzwanzigjährigen, im Herbst 1873 die Stellung als Lehrer für Staats- und Völkerrecht an der neu gegründeten bayerischen Kriegsakademie übertrug. Er behielt dieses Nebenamt bis zum Herbst 1881 bei und hierin lag die Veranlassung, dass SEYDEL trotz anstrengender praktischer Beschäftigung schon äusserlich mit der theoretischen Pflege des Staatsrechtes in steter Verbindung blieb. Seiner durch und durch produktiven Natur und seiner Gabe rascher Arbeit entsprechend, beschränkte er sich dabei nicht auf reine Lehrthätigkeit, sondern nach wie vor war er schriftstellerisch thätig. Ja er zählt nicht nur zu den erfolgreichsten, sondern auch zu den fruchtbarsten publizistischen Schriftstellern der Periode 1873—1881. Kein Jahr verging, ohne dass eine grössere Arbeit SEYDEL's erschien. Veröffentlicht wurden sie nahezu alle in der von dem Volkswirt und Kunstgelehrten GEORG HIRTH in München 1868 als Annalen des Norddeutschen Bundes und des Zollvereins begründeten und von demselben unter dem Namen „Annalen des Deutschen Reiches für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik“ fortgeführten vortrefflichen staatswissenschaftlichen Zeitschrift, welche sich von ihrem älteren Schwesterorgan dadurch unterschied, dass sie neben einer Centralstätte für wertvolle Aufsätze auch ein Sammelpunkt wichtiger Materialien sein wollte.

Der erste grössere Beitrag SEYDEL's zu den Annalen war durch sein neues Nebenamt veranlasst. 1874 und 1875 erschien daselbst eine rechtswissenschaftliche Darstellung des Kriegswesens des Deutschen Reiches, welcher schon im Jahrgang 1873 eine kurze Erörterung über die Frage der Zulässigkeit von „Landes-

verordnungen zum Vollzuge von Reichsgesetzen“ vorausgegangen war. Wie ihn die zahlreichen politischen Angriffe, welche seine staatsrechtliche Untersuchung über den Begriff des Bundesstaates erfuhr, schon 1874 veranlasst hatten, in PAUL LINDAU's Wochenschrift „die Gegenwart“ Bd. V S. 273 ff. (No. 18 vom 2. Mai 1874) den Nachweis zu führen, dass die Theorie, welche das Deutsche Reich als Staatenbund auffasst, politisch genommen der Entwicklung desselben zuträglicher sei, als die Bundesstaatstheorie, so nahm er auch im Jahrgang 1876 der Annalen wieder zu der Frage der rechtlichen Natur des Deutschen Reiches Stellung, indem er daselbst — diesmal rein juristisch — „die neuesten Gestaltungen des Bundesstaatsbegriffes“, d. h. die Erörterungen LABAND's und HÄNEL's hierüber, einer kritischen Würdigung unterzog. Derselbe Band der Annalen enthielt dann noch ausführliche Darstellungen des Reichsverordnungsrechtes und des Rechtes der deutschen Reichs- und Staatsangehörigkeit und eine kürzere Bemerkung über das deutsche Naturalisationsverfahren. Jahrgang 1877 der Annalen brachte eine Monographie SEYDEL's über das Reichsarmenrecht, Jahrgang 1878 eine solche des Gewerbepolizeirechtes nach der Reichsgewerbeordnung. 1879 folgte eine geistvolle Abhandlung über „den Bundesrat“ in HOLTZENDORFF's und BRENTANO's Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche. 1881 endlich erschien — durch die Abänderung der Reichsgewerbeordnung veranlasst — in den Annalen und als Sonderabdruck eine neue Auflage seiner Darstellung des Gewerbepolizeirechts. Dazu kommen noch zwei Werke nichtjuristischen Inhalts. Im Jahre 1880 liess SEYDEL ein zweites Bändchen Gedichte, „Neue Gedichte“ von MAX SCHLIERBACH, an die Oeffentlichkeit treten, wie die ersten vorwiegend griechisch-römischer Landschaft und Kultur gewidmet. Und die ganze Periode krönt die meisterhafte Uebersetzung von LUKREZ, welche SEYDEL, zugleich den Schleier, den er bisher über seine bisherigen dichterischen Leistungen durch sein Pseu-

donym gebreitet hatte, hinwegziehend, 1881 unter dem Titel „Lukretius. Deutsch von MAX SEYDEL (MAX SCHLIERBACH)“ vor das litterarische Publikum brachte.

Unterdessen war SEYDEL aber auch auf der Stufenleiter staatlicher Aemterorganisation emporgestiegen. 18. Mai 1874 war er Bezirksamtsassessor geworden, aber ohne, wie sonst üblich, für die erste Zeit dieser Stellung auch wirklich an ein Bezirksamt beordert zu werden. Er blieb auch nach dieser festen Anstellung im Kultusministerium verwendet. Staatsminister v. LUTZ hatte seine ausserordentliche Arbeitsfähigkeit schätzen gelernt. Erst 1878 verliess SEYDEL das Ministerium, indem er unter dem 29. Juli dieses Jahres zum Regierungsassessor (d. h. nach preussischen Verhältnissen jüngeren Regierungsrat) an der Kreisregierung von Oberbayern, Kammer des Innern, befördert wurde. Doch war hier seines Bleibens nicht lange. Durch ein scharfsinniges Gutachten über den damals zur Behandlung stehenden Entwurf eines Wuchergesetzes hatte er die besondere Aufmerksamkeit des Vorstandes des Staatsministeriums des Innern, PFEUFER, erregt. Er wurde daher am 2. Okt. 1879 zum Regierungsassessor im Staatsministerium des Innern ernannt und ihm gleichzeitig die vorher von dem damals als Unterstaatssekretär nach Strassburg berufenen Ministerialrat, jetzigem Professor der Staatswissenschaften an der Münchener Hochschule, v. MAYR, bekleidete Stelle eines Vorstandes des Königlich bayerischen statistischen Bureaus übertragen, ein Nebenamt, das ihm allerdings wenig zusagte. Unter Fortdauer dieser Nebenfunktion erfolgte schon 11. April 1880 SEYDEL's Beförderung zum Regierungsrat im Staatsministerium des Innern.

Mit dem Jahre 1881 trat die bedeutsamste Wendung in SEYDEL's beruflichem Leben ein. Am 3. Okt. wurde er unter Enthebung von seinen bisherigen Aemtern, auch von seinem Lehramte an der Kriegsakademie, 35 Jahre alt, als Nachfolger PÖZL's zum ordentlichen Professor des bayerischen Verfassungs- und Ver-

waltungsrechtes in der juristischen Fakultät der Universität München ernannt.

Es mag auffällig erscheinen, dass der schon lange glänzend bewährte staatsrechtliche Schriftsteller nicht früher auf einen akademischen Lehrstuhl des öffentlichen Rechts berufen war. Allein in dieser Richtung war SEYDEL, wie er schmerzlich erfahren musste, seine Stellung zur Bundesstaatsfrage hinderlich, weniger vielleicht bei den Hochschulen, als vielmehr bei den Regierungen. Nur eine ausserbayerische Unterrichtsverwaltung hatte schon vorher eine Ausnahme gemacht, die russische. Bereits 1876 erhielt SEYDEL einen Ruf nach Dorpat, der ihn aber nicht zu locken vermochte. Dagegen benützte der bayerische Kultusminister — derselbe v. LUTZ, welcher SEYDEL 1874 als Hilfsarbeiter in sein Ressort berief — die erste in Bayern sich ergebende Gelegenheit, um SEYDEL an die Stelle zu setzen, an die er gehörte, in ein ausschliesslich der Lehre und der wissenschaftlichen Forschung gewidmetes Amt. Keineswegs lässt sich sagen, dass bei dieser Berufung politische Gesichtspunkte ausschlaggebend waren. Es ist unter keinen Umständen ausgemacht, dass das Ministerium LUTZ hinsichtlich der Frage der Rechtsnatur des Deutschen Reiches jemals auf dem Standpunkt der Staatenbundstheorie stand. Viel mehr hat die Meinung für sich, dass der Minister SEYDEL lediglich aus dem Grunde für den freien Lehrstuhl an der Münchener Hochschule ausersah, weil er Willens war, ein bayerisches Talent zu ehren und die feste Ueberzeugung hegte, von SEYDEL als einem Bayern sei, wenn er Lehrer des bayerischen Staatsrechtes geworden, eine besondere Pflege des öffentlichen Rechtes seines Heimatlandes zu erwarten.

Und in der That, SEYDEL fasste sofort mit Eintritt in sein neues Amt auch ein neues litterarisches Arbeitsgebiet ins Auge. Den Plan, ein gross angelegtes Werk über Reichsstaatsrecht zu schreiben, den er übrigens nie aufgab, sondern noch dereinst zu verwirklichen hoffte, stellte er vorerst zurück. Für vordring-

licher schien ihm für Bayern, nachdem das daselbst geltende Reichsrecht in LABAND's hervorragendem Handbuch eine vorzügliche Bearbeitung fand, eine umfassende systematische Darstellung des bayerischen Partikularrechtes. Und so war er rasch entschlossen, ein erschöpfendes System des bayerischen Landesstaatsrechts in Angriff zu nehmen. Was ihm den Entschluss erleichterte, war das Entgegenkommen der bayerischen Regierung. Selbst zu den ausgezeichnetsten Juristen zählend und mit dem ihm eigenen Weitblick erkennend, dass die Einräumung dem öffentlichen Leben und der öffentlichen Verwaltung Bayerns nur zum Vorteil gereichen könne, erteilte Minister v. LUTZ SEYDEL auf Ansuchen nicht bloss die Erlaubnis zur Benützung der Akten des Kultusministeriums, sondern, unterdessen zugleich Vorsitzender im Ministerrat geworden, wusste er ihm auch die gleiche Erlaubnis für die übrigen Ressorts und für die namentlich hinsichtlich der Entstehung der Verfassungsurkunde wichtigen Akten des Staatsrates zu erwirken. Da v. LUTZ überdies als mehrjähriger Vorgesetzter SEYDEL's dessen politische Denkweise und politisches Taktgefühl hinreichend kennen gelernt hatte, war diese Generalerlaubnis ohne jede Einschränkung gelassen. SEYDEL konnte das ihm zugängliche Material, soweit es ihm zur Veröffentlichung geeignet erschien, völlig frei verwerten. Die Anschauungen, die er vertrat, sollten nichts anderes, als ausschliesslich seine persönliche Ueberzeugung sein. Die wissenschaftliche Unabhängigkeit war dem Unternehmen somit ausdrücklich gewahrt.

Zuerst arbeitete sich SEYDEL in seine Vorlesungsthätigkeit ein. Er hatte im Winter bayerisches Staatsrecht, im Sommer Reichsstaatsrecht und Verwaltungsrecht des Reiches und Bayerns zu lesen. Er entledigte sich dieser Aufgabe innerhalb eines halben Jahres. Im Sommersemester 1882 eröffnete SEYDEL seine Lehrthätigkeit. Als ihm von da an zunächst keine weitere Aufgabe mehr blieb, als seine Vorlesungen auf dem Laufenden zu halten, nahm er im Dezember 1882 das grosse litterarische

Unternehmen in Angriff. Im Ministerium des Innern wurde ihm ein Zimmer eingeräumt. Hier arbeitete er aus den Akten heraus. Nahezu alles übrige brachte er im Kopfe mit. Bücher gab's auf seinem Arbeitstisch nicht viele.

Gewiss ist kein Zweifel: sein Vorhaben wurde SEYDEL dadurch ausserordentlich erleichtert, dass er den zu bearbeitenden Stoff zum grössten Teil nicht erst mühsam zu sammeln hatte, sondern vollständig und übersichtlich geordnet und registriert in den Ministerial- und Staatsratsakten vorfand, aber es war doch eine Riesenarbeit, die SEYDEL leistete. Denn SEYDEL beschränkte sich ja nicht auf die Erörterung der Prinzipien, sondern verfolgte auch die in der Praxis hervorgetretene Kasuistik und ebensowenig liess er es bei der Auslegung des geltenden Rechtes bewenden; dieselbe Aufmerksamkeit wie der Rechtsdogmatik wandte er der Rechtsgeschichte zu. Theoretisch-praktisch und historisch-dogmatisch zugleich sollte das Werk Erschöpfendes leisten. Es ist SEYDEL gelungen in zehnjähriger rastloser Arbeit. Im Dezember 1882 hatte er begonnen, Weihnachten 1892 lag das Manuskript vollendet vor. Eine ausserordentliche Energie hatte es vermocht. Es liegt nahe, dass während der Arbeit Zeiten kamen, in welchen sich SEYDEL nach dem Ende derselben sehnte. Je näher er diesem kam, um so intensiver schaffte er. „Ich habe", schreibt er einmal im Frühjahr 1892, „seit Oktober vorigen Jahres buchstäblich keinen halben Tag gefeiert. Auch im Sommer will ich nur fünf Wochen Ferien halten, um bis zum nächsten Frühjahr endlich fertig zu werden." Es gelang ihm, schon vorher den Stoff zu meistern, aber es ist begreiflich, wenn er eben nach Abschluss des Ganzen sagte: „Es schüttelt mich ein wenig, wenn ich an die Arbeit zurückdenke."

Nur ein Mann von SEYDEL's Willenskraft konnte das Werk überhaupt vollenden, nur ein Mann von SEYDEL's Raschheit in Konzeption und in Formulierung konnte das Werk in der verhältnismässig kurzen Zeit von zehn Jahren in solcher Voll-

ständigkeit und Gründlichkeit herstellen, wie es geschah. Erschienen ist der erste Band, welcher die brillante historische Entwicklung und die Lehre von Herrscher, Staatsangehörigkeit und Gebiet enthielt, 1884. Der zweite, vom Landtag, der Behördenorganisation und dem Verwaltungsrechtsweg handelnd, folgte 1885, der dritte, insbesondere Staatsdienst und Gemeindeverwaltungsrecht umfassend, 1887. Der vierte, dem Finanzrecht gewidmet, gelangte 1889, der fünfte, das ganze Recht der inneren Verwaltung umspannend, 1891 zur Ausgabe. 1892 folgte die erste, das Staatskirchenrecht enthaltende, Frühjahr 1893 endlich die zweite Hälfte des sechsten und letzten Bandes. Sie enthielt die Darstellung des Schul- und bayerischen Militärrechts.

Aber nicht, dass sich SEYDEL in diesen zehn Jahren auf Schaffung dieses Riesenwerkes beschränkt hätte! Vor allem war er daneben ein vielbeschäftigter Redakteur. Schon mit Anfang des Jahres 1881 in die Redaktion der Annalen eingetreten, deren erfolgreicher Mitarbeiter er durch so viele Jahre gewesen, übernahm er noch in demselben Jahre mit BRINZ auch die Leitung der Kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, wozu sich seit 1889 ferner die Mitherausgabe des Handbuchs des öffentlichen Rechts der Gegenwart von MARQUARDSEN gesellte, dessen Einleitungsband er ausschliesslich und allein in die Wege leitete. Ebenso fasste er noch in dieser Periode die Herausgabe einer Sammlung von Lehrbüchern des Reichsrechtes ins Auge, unter welchen auch ein solches des Reichsstaatsrechtes aus seiner Feder sein sollte und von welchen 1893 ULLMANN's Lehrbuch des Strafprozessrechtes erschien. Dazu kamen aber zahlreiche, zumeist mit seinem grossen Unternehmen in innerem Zusammenhang stehende Veröffentlichungen. Im Vordergrund stand seine Mitarbeiterschaft an den von LUTHARDT, dem ausgezeichneten bayerischen Verwaltungsjuristen, geleiteten „Blättern für administrative Praxis in Bayern“. Hier

veröffentlichte er insbesondere solche Abhandlungen, welche ausschliesslich oder wenigstens nahezu ausschliesslich die Kreise der bayerischen inneren Verwaltung berührten, sei es, dass er gewisse, praktisch besonders wichtige Kapitel seines grossen Staatsrechts hier vorweg oder nebenher vor das unmittelbar dafür interessierte Publikum brachte, sei es, dass er bestimmte Einzelfragen des bayerischen Administrativrechtes hier ausführlicher untersuchte, um sie in seinem Hauptwerke, das sich an weitere Kreise wendete, kürzer erörtern zu können. Fast jeder Band der Blätter seit 1882 enthielt solch' wertvolle Beiträge des Münchener Staatsrechtslehrers. In ähnlicher Weise war SEYDEL's Feder während des genannten Zeitraumes in den Annalen thätig. Auch hier schliessen sich seine Erörterungen dem Fortgang seines Hauptunternehmens an. 1883 veröffentlicht er darin einen Beitrag „zum Gesetz über Reichs- und Staatsangehörigkeit", 1885 eine Darstellung der bayerischen Verwaltungsrechtspflege, 1886 eine solche des bayerischen Heimatrechts, 1890 scharfsinnige Ausführungen über Gothaer Vertrag und Eisenacher Uebereinkunft, wie auch zu dem damals noch besonders umstrittenen § 3 des Freizügigkeitsgesetzes, 1892 einen Artikel über die Reform des bayerischen Heimatrechtes. Aber nicht genug damit. Es traten zunächst noch hinzu Artikel in der Allgemeinen Zeitung über allgemein politisch interessierende neue Punkte, zu welchen ihn seine Studien zum bayerischen Staatsrecht führten, insbesondere aus der Zeit der Verfassungsentstehung, oder über staatsrechtliche Fragen, welche der Gang der politischen Geschichte Bayerns heraufführte, wie z. B. über die Frage der Zulässigkeit von Verfassungsänderungen während der Regentschaft in Bayern. Vorzüglich aber sind noch die mehr oder weniger umfangreichen selbständig erschienenen Einzelwerke zu erwähnen. Zu einem nicht geringen Teile verdanken dieselben ihre Entstehung besonderen, von aussen an den Verfasser herangetretenen Ursachen. So z. B. eine Reihe veröffentlichter Gutachten, als da sind erstens

ein Rechtsgutachten über die sächsische Universität zu Hermannstadt aus dem Jahre 1882, welches, im Auftrag der Münchener Juristenfakultät verfasst, die Frage der Selbstverwaltungsbefugnis jener Hochschule behandelte und sich in SEYDEL's 1893 erschienenen Sammlung „Staatsrechtlicher und politischer Abhandlungen" abgedruckt findet; zweitens ein in den Blättern für administrative Praxis 1886 erschienenes Gutachten „über die Rechtsverhältnisse der Realschule zu Neumarkt in der Oberpfalz", welches die prinzipielle Frage erörterte, ob die bayerischen Realschulen als Staats- oder als Kreisanstalten anzusehen seien, und endlich in den Verhandlungen des XIX. deutschen Juristentages 1888 (Bd. I S. 130 ff.) ein Gutachten über parlamentarische oder richterliche Prüfung der Giltigkeit von Abgeordnetenwahlen. Ferner Vorträge: so „über konstitutionelle und parlamentarische Regierung" — 1887 in den Annalen erschienen — und „über Budgetrecht", 1889 in den deutschen Zeit- und Streitfragen veröffentlicht. Des weiteren grössere Aufsätze aus dem allgemeinen und vergleichenden Staatsrecht oder aus neuen staatsrechtlichen Gebieten des Reichsrechts in der Münchener Allgemeinen Zeitung und in der von den Münchner Neuesten Nachrichten damals als Wochenrubrik gehaltenen „Wissenschaftlichen Rundschau". Ich hebe hieraus hervor eine durch Sir HENRY SUMMER-MAINE hochinteressantes Buch On popular government veranlasste Artikelserie über „die Demokratie" in der Beilage zur Allgemeinen Zeitung vom 15. und 16. Nov. 1887 No. 317 und 318, Artikel über deutsches Kolonialstaatsrecht und über unmittelbare und mittelbare Demokratie und besonders den geistvollen Essai über „Ein Jahrhundert französischer Verfassungsgeschichte" in den Münchner Neuesten Nachrichten (März—Juni 1890), welch' letztere Themata dadurch veranlasst waren, dass SEYDEL, in dieser Hinsicht HOLTZENDORFF nachfolgend, im Studienjahre 1889/90 begann, im Wintersemester neben bayerischem Staatsrecht auch eine Vorlesung über „Allgemeines Staatsrecht" zu halten. Dazu

noch je als Besonderheiten für sich: die durch schmerzliche äussere Vorgänge veranlasste Monographie über das „Recht der Regentschaft in Bayern“ 1886; ein hervorragender Beitrag zur Festgabe der Münchener juristischen Fakultät für PLANCK 1887: „Das Budgetrecht des bayerischen Landtages und das Verfassungsverständnis von 1843“, worin SEYDEL erstmals seine Theorie des bayerischen Budgetrechtes entwickelte; eine Serie interessanter Artikel über bayerisches Verwaltungsrecht in v. STENGEL's Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts 1889 und 1890 und die eingehende Darstellung von Recht und Politik der „Sicherheitspolizei“ in den Hauptkulturstaaten in SCHÖNBERG's Handbuch der politischen Oekonomie zweiter und dritter Auflage (1885 und 1891). Mit seiner Vorlesungsthätigkeit hängen zusammen die erstmals 1883 erschienenen Grundrisse zu Vorlesungen über bayerisches Staats- und bayerisches Verwaltungsrecht, welche, vorwiegend die Aufgabe verfolgend, den Studierenden an die unmittelbare Lektüre der Gesetze heranzubringen, in der Hauptsache sich als zweckdienliche Quellensammlungen darstellen, und als solche 1890 beziehungsweise 1892 in zweiter Auflage erschienen. Das Ganze krönt SEYDEL's lehrbuchartige Darstellung des „Staatsrechts des Königreichs Bayern“ in MARQUARDSEN's Handbuch des öffentlichen Rechts, die 1888 erschien und an die Stelle der leider Stückwerk gebliebenen, aber jedenfalls gediegenen und gründlichen Darstellung VOGEL's über dieselbe Materie trat.

Man überblicke das von SEYDEL in den Jahren 1882—1892 an litterarischer Arbeit Geleistete. Und das alles geleistet neben einem umfassenden Lehramt mit vielen Examenswochen und ununterbrochener Verpflichtung zur Teilnahme an der Verwaltung des beträchtlichen Universitätsvermögens! Fürwahr, eine staunenswerte Vereinigung von Schaffenskraft und Schaffenslust in einem Manne!

Und was entsprang für SEYDEL aus dieser rastlos fortschreitenden Arbeit? Wenn bei irgend wem, ist's beim Gelehrten

wahr: die Stunden reinsten Glücks und herrlichsten Genusses bringen die Stunden der Arbeit, forschender Arbeit, die Stunden der Konzeption, des Erkennens der beherrschenden Prinzipien, der ursächlichen Zusammenhänge. Wie viel Glück durfte der Verstorbene daher in diesen zehn Jahren unermüdlicher, unablässiger Arbeit kosten! unsagbar viel. Aber nicht nur solch' Glück durch Arbeit ward SEYDEL in jenem Jahrzehnt beschieden, sondern jene zehn Jahre bedeuteten für ihn auch zehn Jahre jungen Glücks einer harmonischen Ehe. Im Jahre 1881 hatte er gelegentlich der Hochzeit seines intimen Freundes und nachmaligen Schwagers, des jetzigen Oberregierungsrates im Staatsministerium des Innern KRAZEISEN, bei welcher er als Brautführer fungierte, ein Kind seiner schönen Heimat, das ihn bezauberte, kennen gelernt. Die Begegnung führte zu gegenseitiger Liebe. Gelegentlich eines Ausfluges nach Auerbach an der Bergstrasse, Pfingsten 1882, war sie sich gegenseitig gestanden. Am 12. März 1883 führte SEYDEL in der jugendlichen Tochter JOHANNA des damaligen praktischen Arztes und nachmaligen Direktors der Kreis-, Kranken- und Pflegeanstalt zu Frankenthal, Medizinalrat Dr. RICHARD ZÖLLER, eines in der ganzen Pfalz hochangesehenen Arztes, der auch durch viele Jahre Präsident des pfälzischen Landrates war, eine edle Gattin heim, die treue und beste Gefährtin seiner Jahre des Schaffens.

Von der Freude, von dem Glück, das der Gelehrte SEYDEL in seinem Beruf, in seiner forschenden Arbeit empfand, singt uns der Dichter gleichen Namens nichts. Aber seiner Liebe Glück wird er begeisterter Sänger. Die herzerquickendsten Erzeugnisse, welche seine Poesie schuf, sind die Lieder „an Hanna", die er der zweiten, seinem Schwager KRAZEISEN gewidmeten Auflage der „Neuen Gedichte" anhing. Eines ist inniger als das andere: „Begegnung", „Heidelberg", „Tanz", „Auerbach", „Ich und Du sind eins", „Pandekten"; das innigste und seelenvollste aber ist das den Titel „Glück" tragende, der Gattin zur zehnjährigen

Wiederkehr des Hochzeitstages gewidmet. Welch' herrlich Zeugnis sind die tiefempfundenen Worte:

> „Ich fühl' es heut'. Was mir das Herz durchbebt,
> Zehn Jahre reinen Glücks, die ich gelebt,
> In lichte Zukunft eine frohe Schau,
> Mein Leben schön durch die geliebte Frau . . .
> Blick' in die Augen mir, die thränenfeuchten,
> Blick' in die Augen mir, die selig leuchten,
> Und leg' dich leise dann mir in den Arm:
> Das reichste Glück, es ist an Worten arm."

„In lichte Zukunft eine frohe Schau." Wie anders sollte es aber alsbald kommen! Gewiss unbegrenzte innere und äussere Erfolge erblühten aus dem reichen Schaffen. Ungeteilte Bewunderung in den Kreisen der Wissenschaft, der Praxis, der Politik; seitens des Staates als Zeichen äusseren Dankes unter dem 22. Febr. 1893, also unmittelbar nach Fertigstellung des grossen Werkes, die Verleihung des Ritterkreuzes des Verdienstordens der bayerischen Krone und damit des persönlichen Adels, nachdem der Gelehrte schon 27. Dez. 1889 mit dem Verdienstorden vom heiligen Michael IV. Klasse ausgezeichnet worden. Aber nicht sollte SEYDEL vergönnt sein, sich des in harter Arbeit errungenen Preises in körperlicher Gesundheit zu erfreuen. SEYDEL war ja in dieser Hinsicht von Jugend auf an Genügsamkeit gewöhnt. Sein Gehör liess infolge entzündlicher Erscheinungen oft gar sehr zu wünschen übrig und nicht selten musste er sich lange in die Behandlung eines Ohrenarztes begeben. Aber immerhin, gerade in den zehn Jahren bester Schaffenskraft war es ihm auch körperlich verhältnismässig wohl ergangen. Und nun sollte es sich so völlig ändern! Wie über den Helden der antiken Tragödie, dem die Götter seine Riesenarbeit neiden, brachen seit 1893 über SEYDEL allmählich schwere Leiden herein.

Zuerst gönnte sich SEYDEL 1893 nach vollbrachter Arbeit reichlich freiwillige Musse. Nur seine „staatsrechtlichen und politischen Abhandlungen" gab er in diesem Jahre gesammelt

heraus. Aber beim Examen im Juli 1893 befiel ihn eine starke Unpässlichkeit. Man führte sie — naheliegend genug — auf nervöse Abspannung, Reaktion des übermässig angestrengt gewesenen Nervensystems zurück. Allein ein langwährender Aufenthalt in Arosa in Graubünden vermochte das körperliche Unbehagen nicht zu heben, den Kopfdruck nicht zu beseitigen. Indes, SEYDEL konnte das kommende Wintersemester hindurch seinen Berufspflichten vollauf nachkommen. Aber anfangs März 1894 erkrankte er und am 19. April trat ein Schlaganfall ein: ein organisches, mit der vorausgegangenen Nervenanstrengung in gar keinem Zusammenhang stehendes, auf angeborene körperliche Disposition (zu dünne Arterienwände) zurückführendes Leiden, beginnende Arterienverkalkung mit ihren Begleiterscheinungen (Herzerweiterung und Nierenschrumpfung), hatte sich angemeldet. Erfreulicherweise gestaltete sich das erste Auftreten des Leidens als ein leichtes. Die Folgen des Schlaganfalls waren verhältnismässig rasch behoben. SEYDEL nahm für das Sommersemester Urlaub, um sich in Miesbach und Innichen völlig zu erholen. Aber er konnte nicht gesunden. Ende Oktober nach München zurückgekehrt, musste er den Beginn seiner Vorlesungen doch hinausschieben und Mitte Dezember dieselben völlig einstellen. Man erkannte, dass SEYDEL, vollkommen unabhängig von seinem ersten Leiden, seit Jahr und Tag auch an einem tiefsitzenden Ohrgeschwür erkrankt war. Von diesem, nicht von vorausgegangener Ueberarbeitung, rührte der nicht weichen wollende Kopfschmerz her. Unter schwierigen Verhältnissen las und examinierte SEYDEL im Sommersemester 1894. „Ich hätte es jetzt wirklich verdient", schreibt er am 18. Juli 1895 in Hinblick auf sein langwieriges Ohrenleiden, „wieder gesund zu sein." Aber sein Wunsch sollte zunächst nicht erfüllt werden, wenn SEYDEL auch seiner Berufsthätigkeit nachzukommen vermochte.

Glücklicherweise machte das organische Leiden nur unmerkliche Fortschritte, aber die Ohreneiterung zog sich durch Jahre

hin, bis sich der Kranke auf Anraten seines Schwiegervaters entschloss, Professor URBANTSCHITSCH in Wien zu konsultieren, der ihn dann auch am 8. Okt. 1897 durch eine Radikaloperation von seinem durch Jahre bestandenen Ohrenleiden befreite. Es war eine herzinnige Freude für alle, die ihm näher standen, dass SEYDEL anfangs 1898 seine Vorlesungsthätigkeit wieder aufzunehmen vermochte. Wie viel war es, dass SEYDEL dank der hilfreichen Hand URBANTSCHITSCH's Ende Januar schreiben konnte: „Mir geht es relativ wohl."

Aber dies relative Wohlbefinden sollte nicht lange währen. Das organische Leiden nahm rascheren Fortgang. Die trübste Leidenszeit stand für den Dulder bevor. Schon im Frühjahr 1898 stellte sich wieder stärkerer Kopfschmerz ein. Aber SEYDEL hielt unerschütterlich im Beruf aus. Die grossen Ferien verbrachte er in Miesbach. Er las auch den folgenden Winter durch. Aber Anfang März 1899 ergab sich wieder ein Bluterguss ins Gehirn mit Lähmungserscheinungen an den unteren Extremitäten. Das körperliche Leiden schritt unaufhaltsam vorwärts. Am 23. April 1901 trat tötlicher Schlagfluss ein. Ein sanfter, friedlicher Tod hatte langer Leidenszeit ein Ziel gesetzt. Teils in München, teils in dem lieblichen Ettendorf bei Traunstein hatte SEYDEL die letzten beiden Jahre verbracht.

Aber auch die langen Leidensjahre als solche waren von einem milden Geschick doch gemildert. Zwar hatte das schwere Ohrenleiden dem lebhaften Mann auch die harte Pflicht auferlegt, dem gesellschaftlichen Verkehr völlig zu entsagen; denn die Krankheit sass im linken Ohr und dieses war in Bezug auf Hörfähigkeit bis dahin gerade das leistungsfähigere gewesen. Aber was SEYDEL blieb, war die Beschäftigung mit seiner Wissenschaft. Welch' gütige Fügung des Schicksals war es gewesen, die SEYDEL dem akademischen Berufe zugeführt hatte. Wie viel schwerer hätte der Verlebte den mündlichen Verkehr entbehren müssen, wenn er im praktischen Staatsdienst zurückbehalten

worden wäre. Er hätte seines Berufes völlig entsagen müssen. So war es ihm möglich, trotz Leidens seinem Berufe treu zu bleiben. Denn der wissenschaftliche Verkehr, namentlich im Gebiete der Geisteswissenschaften, vollzieht sich doch nahezu ausschliesslich in schriftlicher, in litterarischer Form. Die Litteratur aber konnte SEYDEL ununterbrochen studieren und sich auch selbst noch am wissenschaftlichen Leben rege beteiligen. Dazu kommt die besondere Art des Spezialzweiges der Rechtswissenschaft, dem er diente. Staatsrechtliche Fragen spielen sich zu einem nicht geringen Teile im täglichen öffentlichen, im Partei- und parlamentarischen Leben ab. Von diesem gibt ein getreues Bild die öffentliche Presse. Und so war SEYDEL durch eifrige Lektüre der Tageszeitungen auch in der Lage, mit der politischen Welt in Verkehr zu bleiben, ja sogar durch Mitarbeiterschaft an ersteren an dem Gang politisch-parlamentarischer Verhandlungen mitzuwirken. Ohne sein Zuthun wird er wohl auch als massgebender Fachmann von aussen her zur Stellungnahme in politischen Fragen veranlasst.

So sehen wir SEYDEL in der ersten Periode seiner Leidenszeit, bis zum Frühjahr 1899, fest und unablässig an der Arbeit. 1894 leitete er den Uebergang der Kritischen Vierteljahresschrift aus einem Verlag in einen anderen und gab er sein Lehrbuch des bayerischen Staatsrechtes, den sog. kleinen Seydel, in zweiter Auflage heraus. 1895 übernahm SEYDEL zusammen mit KRAZEISEN nach dem Rücktritt LUTHARDT's von der Redaktion die Herausgabe der Blätter für administrative Praxis, und stellte er, zwar ohne tiefgehende Aenderung, aber unter Nachtrag der seit 1884 neu hervorgetretenen wissenschaftlichen Litteratur und Rechtsprechung das Manuskript zur zweiten, in drei grossen Bänden erscheinenden Auflage seines grossen bayerischen Staatsrechts, des „grossen Seydel", her, die dann auch ebenso, wie ein Grundriss zu Vorlesungen über Reichsstaatsrecht, 1896 zur Ausgabe gelangte. 1897 beschenkte er Fachgenossen und Politiker mit der

völlig umgearbeiteten und bedeutend vermehrten zweiten Auflage seines mustergiltigen Kommentars zur Reichsverfassung. In die gleiche Zeit fällt die Umarbeitung des Abschnittes Sicherheitspolizei für SCHÖNBERG's Handbuch der politischen Oekonomie, vierte Auflage, die dann 1898 auch erschien. Von 1898 ab bis Anfang 1900 veröffentlichte SEYDEL auf Grund seiner Vorlesung über Allgemeines Staatsrecht, aber unter Weglassung der Geschichte der Staatstheorien und der rechtlich-politischen Einzelbetrachtung der wichtigsten Verfassungsstaaten, in den Annalen des Deutschen Reiches gedrängte, überaus scharfsinnige „Vorträge aus dem allgemeinen Staatsrecht". Dazu kamen die ganze Reihe von Jahren hindurch zahlreiche Aufsätze und Artikel in den Blättern für administrative Praxis und — zumeist auf Tagesfragen, insbesondere solche, die die bayerischen Landtagsverhandlungen angingen, bezüglich — in der „Allgemeinen Zeitung" und den „Münchener Neuesten Nachrichten", wohl auch über pfälzische Angelegenheiten in der „Pfälzischen Presse". Gerne hörte die öffentliche Meinung in bedeutenderen politischen Augenblicksfragen — Verfassungsbeschwerden, Wahlgesetzentwürfen, Abkürzung der Budgetberatung, Giltigkeit der bayerischen Verordnung über Offiziers-Ehrengerichte und anderem — die Anschauung des hervorragenden Gelehrten und ganz abgesehen davon bot jede solche Aeusserung auch ästhetisch ob ihrer Form und ihres Witzes hohen Genuss. Ein besonderes Gepräge erhielt das Jahr 1898 in SEYDEL's litterarischer Arbeit dadurch, dass in ihm die sonst mehr in der Stille wirkende konsultatorische Thätigkeit SEYDEL's in hochpolitischen Dingen in die Oeffentlichkeit hervortrat. Einerseits sekundierte er damals dem bayerischen Ministerium in dem Kampf um den bayerischen Militärgerichtshof — seine diesbezügliche Rechtsanschauung hat er kurz in den Annalen 1898 S. 151—153 formuliert —, andererseits behandelte er auf Wunsch der lippischen Regierung in einem vom 26. Okt. 1898 datierten Gutachten die Frage, ob der Bundesrat zuständig sei,

über den Protest der Lippe-Schaumburg'schen Regierung gegen einseitigen Erlass eines die erbgräfliche Linie Biesterfeld begünstigenden Thronfolgegesetzes in Lippe nach Reichsverfassung Art. 76 zu entscheiden (vgl. dazu auch seinen Aufsatz in der deutschen Juristenzeitung 1898 S. 481). Die wissenschaftliche Hilfe in der ersten Frage war — auf besondere Veranlassung des Ministers Grafen von Crailsheim — unter dem 24. Dez. 1898 durch Verleihung des eben nicht häufigen Titels eines „Königlichen Geheimen Rates", die Mitwirkung in der lippischen Angelegenheit 5. Jan. 1901 durch Verleihung des Ehrenkreuzes zweiter Klasse des fürstlich lippischen Hausordens mit Eichenlaub auch nach aussen hin anerkannt. Die hohe Wertschätzung, welche Seydel im Auslande genoss, fand ihren äusseren Ausdruck in Ernennung zum Ehrendoktor der juristischen Fakultät der Universität Czernowitz gelegentlich der Feier des fünfundzwanzigjährigen Bestehens dieser Hochschule im Dezember 1900.

Die schwerste Entsagung musste Seydel vom Frühjahr 1899 an üben. Von da ab war ihm ärztlich jede wissenschaftliche Arbeit untersagt. Dazu kam eine Abnahme der manuellen Schreibfertigkeit. Das Schreiben verursachte ihm mehr und mehr Mühe und ermüdete ihn rasch. Das war eine harte Prüfung, das schwerste Opfer, das dem an rastlose Thätigkeit gewöhnten Manne auferlegt werden konnte. Doch er ertrug es. Noch besass er drei kostbare Güter: obschon nicht durch Kinder erhöht, ein reiches Eheglück, — seine Gattin war ihm die aufopferndste Pflegerin in der Zeit seines körperlichen Leidens —, ungeminderte geistige Gesundheit und unversiegbaren Humor. Dieser treue Freund hatte ihn von Jugend auf begleitet und ihm manche schwere Stunde erleichtert, die ihm sein Gehörfehler bereitete. Er verliess ihn auch jetzt nicht. Immer heiter und liebenswürdig, vermochte er selbst über alle seine Leiden mit Humor zu schreiben. „Ich bemühe mich, im Stoicismus die Note I zu erwerben" ist das Prädikat, das er dem Stillehalten bei der überaus schmerzhaften Nach-

behandlung gab, welches jene Ohrenoperation vom Oktober 1897 Monate hindurch notwendig machte. So erklärt sich auch trotz allen Leidens seine Mitarbeiterschaft an der „Jugend“, die, seit 1899 aufgenommen, besonders in das Jahr 1900 fiel. An längerem Schreiben körperlich gehindert und von wissenschaftlicher Thätigkeit durch Gesundheitsrücksichten abgehalten, wandte sich SEYDEL der mehr heiteren Muse zu. Von jeher ein Meister des Bonmot, lieferte er namentlich in seinen „Gedanken“ manch wertvolle, kräftige Aphorismen und Essais für die „Jugend“. Besonders England widmete er gern witzige Schläge. Ebenso gab SEYDEL 1900 seine beiden Bände Gedichte in vermehrter, zweiter Auflage heraus, nachdem er auch noch in der deutschen Juristenzeitung (1900 S. 260) für die humanistische Vorbildung der Juristen eine Lanze gebrochen. Viel zu früh entsank ihm die Feder. Aber immerhin trotz körperlichen Leids ein Leben voll Geist und Arbeit, voll Glück und Segen, ein schönes Leben hatte geendet.

II.

SEYDEL war eine über die Massen anziehende Persönlichkeit. Wem es nicht vergönnt war, ihn persönlich zu kennen, der war unwiderstehlich gepackt von der Klarheit und Schöne seiner Schriftsprache. SEYDEL war ein Meister des Stils. Das Geheimnis seiner Sprache lag im Einfachen, im Schlichten. Aus seinem Wortschatz war verbannt jede Phrase und jedes Fremdwort, aus seinem Satzbau jedes Satzgewirre. Man muss einmal eine von seiner Hand korrigierte Abhandlung in Händen gehabt haben; dann weiss man sicher, dass in der Einfachheit die Grösse seiner Sprache lag.

Ihren Höhepunkt erreichte seine Kunst der Formgebung in seinen Gedichten. „Nie ward schwerere Aufgabe vollendeter gelöst“, so lautet LUDWIG FRIEDLÄNDER's Urteil über SEYDEL's Lukrez-Uebersetzung. Und wenn wir fragen, worin diese Vollendung besteht, sie liegt in nichts anderem, als in einfacher, wort-

bezwingender Sprache. Sie schafft edle, schöne Formen. Das ausgeprägte Formgefühl seiner Gedichte erinnert vielfältig an Platen, Rückert und Geibel.

Wer Seydel persönlich kannte, den zog scheinbar anderes an. Und doch war es im Grunde dasselbe. Die klare, einfache Schönheit seiner Sprache war lediglich der Ausdruck seines inneren Wesens. Seydel war ein klarer Charakter. Man wusste, wie man an ihm war. Er war gleich stark in der Liebe gegenüber dem Liebens-, im Hass gegenüber dem Hassenswerten. Er war ein ehrliches, offenes Herz und bei aller Grösse des Geistes, aller Tiefe und Weite spezieller und allgemeiner Bildung ein im Umgang rührend bescheidener Mann. Dazu kam ein seltenes Mass unbewusster persönlicher Liebenswürdigkeit. Schon in seinen Zügen lag Herzensgüte und Sonnenschein; und freundliches Wesen leuchtete aus seinen hellen Augen. Erwärmend wirkte seine Nähe. Man fühlte sich heimisch in seiner Umgebung.

Und zu dem allen kam noch ein ganz besonderes Geschenk — wir erwähnten es schon oben —, ein treffender, nie verletzender Witz. Er machte ihn rasch zum Mittelpunkt der Gesellschaft. Wie wusste er auch dadurch den Kreis der trefflichen Männer zu fesseln, in dem er — es waren zumeist frühere Kollegen aus dem Ministerium des Innern, der feinsinnige Staatsrat v. Neumayr an der Spitze — in seinen guten Zeiten allabendlich zum Dämmerschoppen zwischen sieben und acht drunten am Platzl in der „Leberwurst“ erschien! Wie liess er seinem Witze die Züge schiessen, wenn wir zur Zeit des Maibocks mittags nach der Vorlesung zusammen im „Garten“ des Hofbräuhauses einen Krug leerten, oder wenn ihn der Abend hie und da mit Freunden im Dirnbräu beim „Ungespundeten“ zusammen führte.

Und wie im Privatverkehr, so auch auf dem Katheder. Seydel war ein mit Vorliebe gehörter Lehrer. Zwar sprach er nicht frei — davon liess er sich durch sein Gehörleiden abhalten — und das Ablesen erfolgte in überaus raschem Tempo.

Aber dafür der Genuss einer scharfen, klaren und darum eindringlichen Gedankenführung, gewürzt durch Proben feinen, prächtigen Witzes. Hätte ihn nicht sein körperliches Leiden davon abgehalten, SEYDEL hätte sich nach jeder Richtung vorzüglich zur Wirksamkeit im öffentlichen, im politischen Leben geeignet.

Der SEYDEL eigene Humor trat auch in seiner schriftstellerischen Thätigkeit hervor, weniger natürlich in seinen rein wissenschaftlichen Werken, doch begegnet er auch hier ab und zu in den Anmerkungen. Spielen liess er ihn aber in seinen Beiträgen zur Tageslitteratur, in seinen Aufsätzen für die politische Presse. In Einem dagegen, wo wir ihn besonders erwarten würden, fehlt er — von den wenigen Liedern an Hanna abgesehen — gänzlich, in seinen Gedichten. Sie sind durchgehends ernsten Charakters. Zu einem grossen Teil liegt dies an den gewählten Stoffen. Seine Gedichte gehören mehr der Beobachtung der Natur, der Schilderung der Schönheit der Erde, als der Beobachtung der Menschen. Der Stoff, den er wählt, fordert eine hoheitsvolle Sprache. Aber auch, wo er Seelenstimmung malt, fehlt die heitere Muse. Ernst und zumeist sogar Schwermut liegt über den Versen. Wie innig empfunden, aber doch wie düster klingt der Sang (Neue Gedichte S. 181):

„Aus jenem Kelche hab' ich nie getrunken,
Den Jugend an die durst'ge Lippe reisst,
War nie in jenen süssen Traum versunken,
Der Glück gewährt, indem er Glück verheisst.

Die Täuschung blieb mir fern; des Wahnes Schleier
Hat mir die Dinge schmeichelnd nie verhüllt.
Der Schmerz des Daseins war's, der meine Leier
Mit anmutreicher Töne Flut erfüllt.

Wohl hab' ich der Gedanken Reich durchmessen,
Nicht freudig, nein, von starrem Frost durchbebt,
Und könnt' ich liebend nicht mich selbst vergessen,
Dies Leben wär's nicht wert, dass ich's gelebt."

Woraus erklärt sich diese trübe Art? Sehr leicht. Manchmal übermannte SEYDEL eben doch das Gefühl der Vereinsamung, wozu ihn, so lange er nicht verehelicht, bis zu einem gewissen Grade sein Ohrenübel von Jugend auf verurteilte. Da brach dann so schwermütiges Sinnen hervor und — wie er uns selbst erzählt —, so lange er für sich lebte, da waren es nicht Stunden heiterer, sondern ernster Stimmung, die ihn zur Leier greifen liessen. „Nicht aus dem Sonnenschein des Glücks — Als mir das Teuerste verloren, Da ward aus Thränen, Schmerz und Weh Mein erstes Weihelied geboren“ (Bd. II S. 180). Aber die Grundstimmung seines Wesens war das nicht. Ein Kopfhänger zu sein, das entsprach nicht seiner Natur. Und mit der Gründung des ehelichen Heims hörte das Gefühl der Vereinsamung und damit das Schwermütige in seinen Liedern auf. Welch' ganz andere Schätzung seines Lebens in den Liedern an Hanna, als in jenem oben angeführten schweren Sang. „Segen“ betitelt er jetzt das Lied, das den Inhalt seines Lebens schildert.

„Spät hast du, Liebe, mir die Stirn bekränzt,
Mein Frühjahr schwand, es hat mir nicht gelenzt.
Doch war mein Glück gestundet, nicht geraubt;
Mich hat der Sommer schöner nur umlaubt.
Mit solchem Kranze hat er mich gekrönt,
Wie selten er ein Dichterhaupt verschönt.
Nun hab' ich aller Seligkeit genug;
Es schweigt die Frage, die ich sonst wohl frug.
Nicht kümmert mich, was künftig meiner harrt,
In dieser herrlich lichten Gegenwart.
Mein ist das Leben, und ich bin getrost,
Dass, sterblich, ich ein göttlich' Loos erlost.
Ob man mir einst den müden Leib begräbt,
Schon heute fühl' ich's froh: ich hab' gelebt.“

Aber SEYDEL ist nicht bloss eine anziehende, er ist auch eine begeisternde Persönlichkeit. Nicht in seinen Gedichten. Wie nach der Form, so stehen auch nach ihrem Inhalt seine Gedichte der Poesie PLATEN's am nächsten. Dieser fehlt, was

eine Dichtung volkstümlich macht, das weichere Gefühl und der Ausdruck nationalen Empfindens. Auch durch SEYDEL's Gedichte geht eine gewisse Kühle. Das liegt zum Teil in den bevorzugten antiken Versformen, zum Teil im gewählten Vorwurf. SEYDEL schildert die Herrlichkeit der griechischen Landschaft, die Ebenmässigkeit griechischer Architektur, die Morgen- und Abend-, die Frühjahrs- und Herbststimmung in Gottes schöner Welt, also Totes, Unpersönliches. Aber auch wo er Gefühle zeichnet, da sind es nicht die weichen Töne des Herzens, des Volks-, des Nationalempfindens, welche er anschlägt, sondern hoheitsvolle Würde und stolze Idealität, Entschlossenheit und Entsagung, Ernst und Trauer sind die Gefühle, welchen SEYDEL schönen, oft tiefergreifenden Ausdruck leiht. Reine, vornehme Erhabenheit nach Form und Inhalt ist seiner Lieder Ton. Humor und Heiterkeit, wie sie die Hanna gewidmeten Gedichte durchziehen, fehlen seiner übrigen Dichtung. Sie erweckt ruhige Teilnahme, nicht aber Begeisterung. Ganz anders SEYDEL als Prosaist, als Schriftsteller in wissenschaftlichen Werken, in Zeitungserörterungen, in Essais, in Aphorismen. Wie volkstümlich klar und volkstümlich herzlich, wie lichtvoll schildernd, wie persönlich offen, wie packend in Bildern, treffend in Vergleichen, eindringlich in Gegensätzen weiss SEYDEL zu schreiben. Es ist ein Hochgenuss ihm zu folgen! Wie leicht fliesst sein Wort; wie passt die Form zum Gedanken! Welch' köstliche Stunden bereitet die Lektüre seiner Werke!

Aber SEYDEL war noch mehr. Er war auch eine grosse Persönlichkeit, ein Gelehrter von imponierender Grösse. SEYDEL zeigt die allgemeinen Merkmale des bedeutenden Forschers: Gründlichkeit bis in die kleinste Einzelheit des Wissens, ausserordentlichen Scharfsinn in Erkennung von und in Ableitung aus Prinzipien. Aber was ihn als Mann der Wissenschaft besonders auszeichnet, das ist rasches Erfassen der Probleme, grundsätzliche Originalität, vor allem aber frappierend einfache und natürliche Konstruktion und bezaubernde Klarheit in Konzeption und For-

mulierung der Gedanken und unbeirrbare Logik. Alle diese Eigenschaften sind leicht erwiesen.

Auf SEYDEL's Gabe eminent raschen Erkennens der der Fülle der Erscheinungen zu Grunde liegenden Pinzipien beruht die ausserordentlich grosse und doch immer tiefgehende Fruchtbarkeit seiner Feder. Ohne diese Gabe leichter und rascher Produktion wäre sein bayerisches Staatsrecht nicht entstanden. Wie Herrliches und Vieles wäre dank dieser Gabe von SEYDEL noch zu erwarten gewesen!

Auf SEYDEL's einfacher, klarer und unerbittlich konsequenter Gedankenführung ruhte SEYDEL's mächtiger Einfluss auf seine Hörer und auch auf seine Leser. Diese geschlossene Durchsichtigkeit seines Systems hat ihm sonder Mühe grossen Anhang verschafft. Man muss es mit erlebt, als Schüler selbst zu SEYDEL's Füssen gesessen haben, um beurteilen zu können, wie SEYDEL's Schüler für des Lehrers Anschauungen durchs Feuer gingen. Es ist nicht an dem, dass SEYDEL's grundlegende Anschauungen Boden nur in Bayern fassten. Das trifft zu lediglich für seine Anschauung von der rechtlichen Natur des Reiches, aber auch diese würde in das übrige Deutschland mehr hinausgetreten sein, wenn in München mehr nichtbayerische Studenten nicht bloss die ersten, sondern auch die letzten, dem öffentlichen Recht gewidmeten Semester verbrächten. Die grundlegenden Anschauungen von Staat und Souveränität im allgemeinen aber haben auch ausserhalb Bayerns und über die Grenzen Deutschlands hinaus, namentlich in Oesterreich, vielfältige Aufnahme gefunden und befruchtenden Einfluss geübt.

Und weiter: SEYDEL's Originalität! Am glänzendsten tritt sie hervor, wenn wir nachfragen, auf welchem Wege SEYDEL zu seinen Theorien gelangte, auf wessen Schultern er steht. Gewiss, in der Methode, in er ihm eigenen formalistischen, begriffsmässig deduktiven, konstruktiven, das historisch-politische Auslegungsmoment grundsätzlich zurückweisenden Methode hat er ein Vor-

bild. Er ist, wie die ganze, dieser Richtung angehörende neudeutsche Staatsrechtsschule, entschieden von Gerber beeinflusst, dessen Grundzüge des deutschen Staatsrechts 1865 zuerst, 1869 zum zweiten Male erschienen waren. Aber lediglich in der Methode. In seinen materiellen Grundansichten weicht Seydel von Gerber völlig ab, bekämpft er ihn und geht er seine eigenen Wege. Unbestreitbar hat Seydel auch in seinen grundsätzlichen Ansichten zum Teil Vorgänger, d. h. bei andern Anregung gefunden. Aber diese Vorgänger gehören nicht dem Staatsrecht, sondern anderen Rechtsgebieten an. In der realistisch-empirischen Auffassung des Rechts steht er zweifellos unter dem Einfluss Ihering's, in seiner Verwerfung der juristischen Person als wirkliche Rechtsfigur nach eigener Angabe auf den Schultern von Unger und Brinz, aber was seine eigene That ist, das ist der Gedanke, diese Grundanschauungen auf das Wesen des Staates zu übertragen, und der Aufbau des ganzen Systems der Staatsrechtsordnung auf diesen Anschauungen. Vollkommen frei von jedem unmittelbaren Vorgänger ist Seydel's Nachweis der Unvereinbarkeit des damals herrschenden Bundesstaatsbegriffes mit dem Wesen der Souveränität.

Aber nicht allein in seinen auf die Grundbegriffe des Staatsrechts bezüglichen Lehren zeigt sich Seydel's Originalität und Selbständigkeit, sondern auch in der Behandlung der einzelnen Institute des Staatsrechts. Am schlagendsten erhellt dies aus seiner Bearbeitung von Bayerns öffentlichem Recht im Vergleich mit den Bearbeitungen des gleichen Stoffes durch andere vor ihm. Welch' ausserordentliche Vertiefung und Neubegründung des Ganzen! Wir reden hier nicht von der grösseren Reichhaltigkeit des Stoffes. Sonder Zweifel, diese mag zu grossem Teile dem Umstand zu danken sein, dass Seydel Quellen eröffnet wurden, die seinen Vorgängern unzugänglich blieben. Hier handelt es sich um die Art der Behandlung des Stoffes. Pözl's, seines unmittelbaren Vorgängers, Darstellung ist doch mehr nur Staats-

rechtskunde, äussere Zusammenreihung von Staatsrechtssätzen. Wie sehr stellt dagegen er das innere Band zwischen Rechtssätzen und Rechtsinstituten dar! Wie weiss er Prinzipien zu entdecken und aus den Prinzipien, auf welche die Masse der gesetzlichen Einzelbestimmungen zurückführt, neue Rechtssätze abzuleiten! Um nur einiges zu erwähnen, seine Auffassung der Rechtsstellung des landesherrlichen Hauses, die von ihm behauptete Eigenart des Budgetrechtes der bayerischen Volksvertretung, seine Konstruktion des Wesens der höheren Gemeindeverbände, der rechtlichen Natur der Volksschule, seine Lehre vom staatskirchlichen Placet, von den Besonderheiten des bayerischen Militäretats u. a. In welchem Masse SEYDEL seine eigenen Wege geht, das wird noch mehr hervortreten, wenn einmal eine Bearbeitung des bayerischen Staatsrechtes von anderer Grundanschauung aus unternommen werden sollte. Wie sehr wird da insbesondere auch hervortreten, welch' grossen Einfluss SEYDEL's besondere Stellung zu den Grundfragen des Staatsrechtes auf die Entscheidung von Einzelfragen ausübt.

Und zu dieser Ursprünglichkeit der Konzeption kommt dann die hervorragende Gabe scharfsinnigster Folgerichtigkeit in der Durchführung des aufgenommenen Fundamentalgedankens. In welchem Grade lassen schon seine Erstlingswerke diese Gabe erkennen! Ist der Staat keine Persönlichkeit, dann löst sich das ganze Staatsrecht in Rechtsverhältnisse nur zwischen Individuen auf. Mit welcher Konsequenz ist dieser Gedanke in seinen „Grundzügen einer allgemeinen Staatslehre“ durchgeführt! Und wie folgerichtig konstruiert er von seiner Grundanschauung über das Wesen der Bundesgewalt aus Organisation und Thätigkeit derselben!

Mit SEYDEL's wissenschaftlicher Originalität und Unabhängigkeit, auf welch' beide im Grunde genommen auch seine Gabe strenger Folgerichtigkeit zurückführt, hängt zusammen, dass SEYDEL an seinen in der Jugend aufgenommenen Grundanschauungen

ohne wesentliche Aenderungen zeitlebens festhielt. Was er 1872 und 73 als junger Mann von sechs- und siebenundzwanzig Jahren mutig und entschlossen behauptete, daran hielt er in der Hauptsache auch noch nach weiteren siebenundzwanzig Jahren fest. Oft mit denselben Worten noch kehrt es in seinem letzten Werk, in seinen „Vorträgen über allgemeines Staatsrecht", wieder. Gar Manchen mag es in der Stille gewundert haben, wie SEYDEL trotz aller Anfechtung, die seine grundlegenden Anschauungen im allgemeinen Staatsrecht doch zu ihrem grössten Teile erfuhren, an keiner derselben irre wurde. Jeder Staatsrechtslehrer der jüngsten Zeit, den ich kenne, hat im Laufe der Zeit an seinen Grundansichten nicht unerhebliche Revisionen vorgenommen. SEYDEL that es nicht. Wie oft hat man ihm z. B. entgegengehalten, dass seine Auffassung von einem Rechts-, von einem Vertragsverhältnis, das zwischen den Staaten eines Bundes bestehen soll, mit seiner Grundanschauung vom Recht als einer Ordnung nur innerstaatlicher Verhältnisse in Widerspruch stehe. Wie vermögen, wenn der Staat Quelle allen Rechts ist, es also Recht nur im Staate, im Verhältnis von Staat und Unterthanen geben kann, doch auch rechtliche Beziehungen, Rechtsverhältnisse zwischen Staaten zu bestehen? Das Wort vom „ewigen Bund", welcher zwischen den deutschen Staaten bestehen soll, soll für diese Staaten gegenseitig bindende rechtliche Bedeutung haben (Kommentar S. 13) und doch ist nach jenem allgemeinen Satz ein Staat an die von ihm im gegenseitigen Verkehr beobachteten Grundsätze nicht länger gebunden, als er will: zwischen Staaten besteht nicht Recht, sondern nur Gewalt (Allgemeine Staatslehre S. 3). SEYDEL hat trotz alledem seine Lehre nicht aufgegeben, dass es Recht nur im, nicht ausser und über dem Staate geben könne. Wie liesse es sich anders erklären, als daraus, dass SEYDEL seine Anschauung eben völlig selbständig gefasst hat? SEYDEL schreibt einmal in der „Jugend": „Das beste, was der Mensch sein geistiges Eigen nennt, lernt er

nicht, sondern er hat es.“ Ich wüsste nicht, auf wen dies mehr Anwendung finden könnte, als auf ihn selbst. Seine Theorien waren mit seinem Inneren, seiner Individualität untrennbar verbunden.

Zeigten schon die Grundanschauungen Widersprüche, um wie viel mehr mussten solche dann noch in der Durchführung im einzelnen hervortreten. Aber selbst wenn die Grundanschauung zutreffend war, die historische Entwicklung verläuft nicht immer folgerichtig. Auch aus diesem Grunde waren Widersprüche mit dem positiven Recht unausweichlich. Zur Aufgabe seiner Grundansichten vermochten sie SEYDEL nicht zu bewegen. Sich von ihnen loszusagen, war ihm natürlich unmöglich.

Seiner Selbständigkeit entsprechend, war es überhaupt nicht SEYDEL's Art, sich viel mit Anschauungen anderer auseinanderzusetzen. Dies tritt besonders in seinem bayerischen Staatsrecht hervor. Gewiss war SEYDEL dazu zum Teil dadurch veranlasst, dass das Werk sonst ins Unermessliche gewachsen wäre. Aber auch über naheliegende Fragen, wie z. B. über das Wesen der Verwaltungsrechtspflege, tritt SEYDEL in keine Auseinandersetzung mit anderen in der Litteratur des allgemein deutschen Verwaltungsrechts hervorgetretenen Meinungen ein. Die Kritik anderer liess er ruhig über sich ergehen.

Nur in einem Punkte machte er eine Ausnahme. Dann wandte sich SEYDEL gegen die Kritik und setzte sich mit ihr in aller Schärfe auseinander, wenn sie seine Theorie von der rechtlichen Natur des Deutschen Reiches betraf und er sah oder wenigstens glaubte, sehen zu müssen, dass sie von Fachgenossen nicht als rein staatsrechtliche, sondern als mit politischen Absichten verbundene angesprochen wurde. In diesem Punkte war er sterblich. Die Bezeichnung seiner Lehre als einer bayerischen durch Männer der Wissenschaft versetzte ihn in heftige Erregung. Selbst dann konnte da sein Blut schon in Wallung geraten, wenn seine Schule nur in dem Sinne als eine bayerische bezeichnet

wurde, dass damit gesagt sein wollte, diese Meinung habe lediglich in Bayern Anhänger gefunden.

Seydel unterliess es, sich gegen Angriffe auf seine Theorie zur Wehr zu setzen, wenn sie nicht von Fachleuten, sondern von Politikern des Tages ausging, wenn die öffentliche Presse seine Anschauung als partikularistisch bezeichnete. Die Kritik der öffentlichen Meinung, des politischen Gegners liess ihn, wie in anderen politischen Dingen, so auch hier kalt, mochte sie noch so masslos sein. Er entschuldigte sie mit mangelnder Sachkunde und getrübtem Parteiblick. Nur einmal wich er von diesem Grundsatze ab, 1874; wie schon oben erwähnt, durch einen Aufsatz in der „Gegenwart", in welchem er die politischen Verdächtigungen, die ihm aus seiner Staatenbundslehre erwachsen, zurückwies. Ganz anders, sobald er sah oder glaubte, dass seine Anschauung von Männern der Wissenschaft in abfälliger Weise ins Politische hinübergezogen wurde. Hier ergriff ihn ernstlicher Zorn und er konnte in einer Schärfe antworten, die seiner natürlichen Freundlichkeit völlig zuwider lief.

Es könnte auffällig erscheinen, dass Seydel sich auch schon erhob, wenn seine Meinung in dem Sinne als eine bayerische bezeichnet wurde, dass sie lediglich in Bayern sich der Aufnahme durch andere staatsrechtliche Schriftsteller erfreute. Aber man möge bedenken, dass damit doch die Möglichkeit gegeben war, dass Dritte, Laien, diese Bezeichnung als eine politische auffassten, und dass dies in der That auch geschah.

Man hat Seydel und seine Anhänger wegen ihrer Auffassung des Reiches als eines blossen Staatenbundes nicht nur als Partikularisten bezeichnet, sondern ihre Theorie als sezessionistisch, unpatriotisch, ja sogar reichsfeindlich verunglimpft. Bis zuletzt war solche Charakterisierung in der ausserbayerischen Presse nicht selten (z. B. noch Kölnische Zeitung vom 4. Jan. 1900 No. 8), hervorgerufen allerdings zum Teil dadurch, dass partikularistische Parteianschauungen innerhalb Bayerns, selbst wenn sie

im übrigen, z. B. für ihre Auffassung des Verhältnisses von Staat und Kirche, bei Seydel keine Stütze fanden, in ihrer Beurteilung der Beziehungen der deutschen Einzelstaaten zum Reich sich gerne auf Seydel als Autorität beriefen. Aber gerade, weil dies der Fall war, sah sich Seydel veranlasst, jeder Bezeichnung seiner Lehre als einer bayerischen unter allen Umständen zu begegnen. In der That war kein Vorwurf, wenn er ernst gemeint war, unbegründeter als der, dass Seydel mit seiner Theorie von der Staatenbundsnatur des Reiches politische Absichten verfolgt habe oder solche habe unterstützen wollen.

Seydel ist zu seiner Auffassung von dem rechtlichen Wesen des Deutschen Reiches nicht als Bayer, sondern als Jurist, von seiner juristischen Grundanschauung aus gelangt. Seydel wäre zu dieser Auffassung auch gekommen, wenn er nicht als Bayer geboren worden wäre oder wenn er ausserhalb Bayerns gelehrt hätte. Seydel wurde zu seiner Theorie dadurch geführt, dass er die Möglichkeit einer juristischen Person leugnete. Eine Mehrheit von Herrschern kann nach ihm nicht ein neues Rechtssubjekt, eine neue Persönlichkeit, sondern lediglich eine Summe von Personen bilden. Denn aus einer Mehrheit von Menschen wird kein neuer Mensch und nur Menschen sind reale Persönlichkeiten.

Wir haben hier nicht zu betonen, dass die Schlussfolgerung, welche Seydel aus seiner Auffassung der juristischen Person zog, zu weit ging. Was er daraus ableiten konnte, war nur, dass die persönliche Organisation der Verbündeten lediglich eine gesellschaftsartige sei. Seydel ging weiter und folgerte daraus auch, dass auch die Gewalt, die sie besassen, nur eine gesellschaftliche Zusammenlegung eines Bundes von Einzelstaatsgewalten sei. Allein mit der Annahme, dass die Verbündeten sozietätsartig organisiert seien, ist wohl vereinbar, dass die Gewalt, die sie ausüben, nicht eine Gesellschafts-, sondern eine Staatsgewalt ist. Es ist die Möglichkeit vorhanden, dass die sozietätsartig organisierten Verbündeten einen neuen Staat bilden, das Deutsche

Reich einen Staat mit einer Gesellschaft als Herrscher, mit einem sozietätsartigen Staatsoberhaupt bildet. Für den Begriff des Staates kommt in erster Linie nicht die Gestaltung des Herrschers, sondern das Rechtsverhältnis zwischen Obrigkeit und Unterthan in Betracht. Die erste Frage ist, ob ein unmittelbares Herrschaftsverhältnis zwischen Herrscher und Unterthan besteht, d. h. ein Verhältnis, welches nicht notwendig des Mittels eines anderen Herrschaftsverhältnisses bedarf. Kennt das deutsche Reichsstaatsrecht die Möglichkeit, dass der Bundesgewalt auch Individuen als Bundesangehörige unterstehen, die keinem der verbündeten Staaten angehören? Würde das Deutsche Reich ein anderes, wenn der Bayer dem Reiche nicht als Bayer, sondern unmittelbar als Deutscher unterstünde?

Aber immerhin: Seydel that diese zu weitgehende, die Frage des Verhältnisses der Bundesgewalt zu den Unterthanen unberücksichtigt lassende Schlussfolgerung. Allein er that sie lediglich als juristische Schlussfolgerung, als Schlussfolgerung aus juristischer, keineswegs aus politischer Ueberzeugung.

Gewiss, Seydel hing mit einer warmen, aufrichtigen Liebe an seinem engeren Vaterland. Wäre dies nicht der Fall gewesen, dann hätte er sich nicht gerade das bayerische Staatsrecht zum wissenschaftlichen Vorwurf genommen, sich nicht am öffentlichen Leben in Bayern beteiligt und sich scharfen Aeusserungen politischer Gegner ausgesetzt. Er hielt es für seine patriotische Pflicht, da, wo er glaubte, seinem Heimatstaate nützen zu können, in dessen Politik auch unaufgefordert durch Beeinflussung der öffentlichen Meinung einzugreifen. Aber keineswegs, dass er dies nur bethätigt hätte, wo es sich darum handelte, bayerische Interessen und Rechte gegenüber dem Reiche zu wahren, sondern er that dies ebenso, wenn es sich um ausschliesslich innerbayerische Verhältnisse handelte. Weiter aber nahm er nicht minder teil an den politischen Fragen des Reiches, auch wenn dieselben speziell bayerische Angelegenheiten gar nicht berührten. Er schrieb und

sprach auch über die Rechte des Reichstags, des Kaisers, des Kanzlers und nicht bloss in Fach-, sondern auch in allgemeinen, in ihrem Leserkreis ganz Deutschland umfassenden Zeitschriften, in der deutschen Juristenzeitung, in der Zukunft — in ersterer über die Befugnis des Reichstags, kaiserliche Reden in die Debatte zu ziehen (1900 S. 19 und 43), in letzterer über die staatsrechtliche Stellung des Kanzlers (1895 S. 600 ff.) — und auch in ausländischen Journalen behandelte er reichsstaatsrechtliche Fragen, so z. B. in der Revue du droit public (Bd. IV [1895] S. 426 ff.), ebenfalls die Frage des „chancelier de l'empire d'Allemagne“. Mit einem Worte: die Liebe und Treue SEYDEL's zum Reich war keine geringere, als die zu seinem bayerischen Vaterlande. Es fehlt jeder Schatten eines Beweises, dass er seine Theorie vom Reiche in tendenziöser Weise aufgestellt, vertreten und festgehalten habe.

Wenn er der Anschauung war, Bayern besitze ein Sonderrecht in Bezug auf Ausübung der Militärgerichtsbarkeit, so gelangte er zu dieser Anschauung nicht als Bayer, sondern nur als Jurist. Wäre er zu der Ueberzeugung gekommen, dass ein solches Sonderrecht Bayerns nicht besteht, so hätte er dieselbe mit der nämlichen Offenheit ausgesprochen. Wie es ihm fern lag, Rechte der Gliedstaaten durch falsche Auslegung von Reichs wegen verkümmern zu lassen, so liess er auch nicht zu, dass verfassungsmässige Reichsrechte durch die Bundesstaaten verletzt würden.

Es ist auch keineswegs an dem, dass SEYDEL der Meinung gelebt hätte, vorhandene Reservatrechte seien unter allen Umständen zu erhalten. Er war jederzeit für Aufhebung solcher zu haben, wenn es das höhere Interesse des Reiches unbedingt notwendig machte, sofern die Erweiterung der Rechte des Bundes nur innerhalb der Bundeszwecke lag. Daran hielt er allerdings fest, dass der Bund ja nur ein Bund zu bestimmten Zwecken, „zum Schutz des Bundesgebietes und des innerhalb desselben giltigen Rechtes, sowie zur Pflege der Wohlfahrt des deutschen Volkes“, nicht ein Bund mit der Tendenz der völligen Einheit,

des Unitarismus, der Vernichtung der Sonderexistenzen der Bundesstaaten war. Wenn er dies that, so befand er sich völlig auf dem Boden der Reichsverfassung, ebenso wie da, wo er betonte, dass das Reich organisatorisch, in der Einrichtung der Bundesgewalt, in erster Linie auf dem Bundesprinzip beruhe. Dies zu betonen, ist die Pflicht eines jeden, welcher die Reichsverfassung rein juristisch und nur als Jurist auszulegen berufen ist. Mag man das Deutsche Reich als Staat oder als Gesellschaft oder sonst was ansehen, auf jeden Fall ist das Reich in erster Linie Bund, föderativ organisiert, d. h. es herrscht in ihm das Gleichheitsprinzip, Gleichheit der Rechte und Gleichheit der Pflichten der Glieder. Alle Glieder haben ein gleiches Recht auf Teilnahme an der Ausübung der Reichsgewalt. Wenn SEYDEL glaubte, bei einem Streit zwischen dem Reich und einem Gliedstaate darüber, ob letzterer ein Sonderrecht besitze oder nicht, könne die Frage nicht einseitig vom Reich, durch Bundesrat und Reichstag, sondern nur im Wege diplomatischer Verhandlung, durch Vertrag entschieden werden, so war er weit davon entfernt, sich von politischen Erwägungen leiten zu lassen, wie schon daraus hervorgehen mag, dass er in solchen Fällen jederzeit dafür eintrat, Vergleichsversuche nicht zu unterlassen, sondern anzunehmen und sogar aufzusuchen.

Dass die Folge seiner Auffassung von der rechtlichen Natur des Reiches thatsächlich die war, dass die Gliedstaaten dem Reiche unabhängiger gegenüberstehen, als bei der Bundesstaatslehre, und dass insoferne SEYDEL's Reichsauffassung partikularistischen Charakter besitzt, lässt sich nicht bestreiten, aber unerhört wäre es, anzunehmen, SEYDEL habe diese Wirkung erzielen wollen und um dessentwillen seine Theorie geformt. Dies hiesse SEYDEL das erste absprechen, was die Allgemeinheit von einem reinen Juristen und vor allem einem solchen der Theorie verlangen muss, Sachlichkeit, Objektivität, Streben nach juristischer Wahrheit. Und nichts stand SEYDEL höher, als von politischer Betrachtung

freie Behandlung staatsrechtlicher Fragen. Dafür trat er programmatisch in dem Vorwort ein, mit welchem er seinen Eintritt in die Annalen des Deutschen Reiches 1881 begleitete. Er fordert sachliche und nur sachliche Behandlung staatsrechtlicher Dinge, — sachliche allerdings unbekümmert um die politisch-thatsächliche Wirkung, welche das rechtliche Urteil zu haben vermag.

Selbst wenn es aber zutrifft, dass die Theorie SEYDEL's die Gliedstaaten freier stellt, als die andere Reichsauffassung, und insoferne partikularistisch ist, so lässt sich dieselbe doch nur dann als dem Reichsinteresse abträglich, als reichsfeindlich bezeichnen, wenn man Reich mit Unitarismus verwechselt. Aber Reich im Sinne der Reichsverfassung ist nichts Unitarisches, sondern der Name für einen Bund. „Dieser Bund wird den Namen Deutsches Reich führen." Der Bundescharakter des Reiches wird durch diese Theorie in keiner Weise beeinträchtigt. Die Theorie ist organisatorischem Unitarismus, aber nicht dem Reichsgedanken zuwider. Denn der Reichsgedanke ist in erster Linie nicht Einheit, sondern Gemeinschaft, Schaffung von materieller Einheit nur in gewissen Richtungen und nur auf dem Wege des gleichen Mitwirkungsrechtes. Hätte SEYDEL seine Anschauung darum, weil sie die Wirkung hat, dass sie der Fortentwicklung des Reiches zum Unitarismus entgegensteht, etwa gar aufgeben sollen? oder hätte er sie auch schon aufgeben sollen, wenn sie auch nur dem Bundesgedanken nachteilige Wirkung besass? Dann würde von SEYDEL Selbstentehrung gefordert worden sein. Man mag und muss unter Umständen vom praktischen Staatsmann, vom Politiker fordern, dass er seine juristische Meinung aufgibt oder mit ihr wenigstens zurückhält, wenn das höhere Interesse des Staats- und Volkswohles dies heischt. Aber von dem wissenschaftlichen Forscher auf dem Gebiete des Staatsrechts sei solches Ansinnen ferne. Wie der wissenschaftliche Forscher das politisch höchst Zweckmässige nicht vertreten darf, wenn es nicht das Rechtliche ist, so hat er auch — gefragt — das politisch Nach-

teilige zu vertreten, wenn es dem positiven Rechte entspricht. Dies verlangt die wissenschaftliche Wahrheit und Aufrichtigkeit.

Von dem Gelehrten des Staatsrechts beansprucht dies allerdings Mut. Denn ist seine Lehre der politischen Anschauung leitender Kreise zuwider, so wird ihm dies, wenn er seinerzeit Staatsrechtslehrer werden oder seinen akademischen Wirkungskreis erweitern oder verlegen will, leicht Hindernisse bereiten. Nun SEYDEL hat diesen Mut besessen. Freilich hat er auch darunter gelitten. Erst später, als er es verdient, erreichte er das Ziel des akademischen Lehramts. Diese schmerzliche Erfahrung mag es mit erklären, dass ihn die abfällige politische Beurteilung seiner Lehre entflammen liess. Jedenfalls hatte es die Folge, dass er jedem seiner Schüler, welcher gesonnen war, der akademischen Laufbahn sich zuzuwenden, den freundlichen Rat gab, zunächst der Bundesstaatsfrage aus dem Weg zu gehen.

Noch erübrigt, zum Schluss zu erörtern, welche Stellung SEYDEL dereinst wohl in der Geschichte der Staatsrechtswissenschaft einnehmen wird.

In Betracht kommt hiefür lediglich SEYDEL's Verhältnis zu den Grundfragen des Staatsrechts. Denn diese bleiben, während die einzelnen Rechtsinstitutionen der Veränderung unterliegen und mit ihnen die wissenschaftliche Konstruktion, die sie nach ihrer jeweiligen Gestaltung finden.

Die aufgeworfene Frage lässt sich bis zu einem gewissen Grade schon endgiltig entscheiden. Denn, wie hervorgehoben, die Lehren, die SEYDEL zuletzt vertrat, sind in der Hauptsache die seiner Jugend, somit schon siebenundzwanzig Jahre alt. Die Staatsrechtswissenschaft hatte also genügend Zeit, zu ihnen Stellung zu nehmen, sie zu verarbeiten. Da ist nun keine Täuschung möglich — und SEYDEL war sich dessen am besten bewusst —: mit seiner Leugnung der Rechts- und der Persönlichkeits-Natur des Staates und mit seiner Leugnung des Völkerrechts hat SEYDEL unter den bislang massgebenden Vertretern

über den Protest der Lippe-Schaumburg'schen Regierung gegen einseitigen Erlass eines die erbgräfliche Linie Biesterfeld begünstigenden Thronfolgegesetzes in Lippe nach Reichsverfassung Art. 76 zu entscheiden (vgl. dazu auch seinen Aufsatz in der deutschen Juristenzeitung 1898 S. 481). Die wissenschaftliche Hilfe in der ersten Frage war — auf besondere Veranlassung des Ministers Grafen von Crailsheim — unter dem 24. Dez. 1898 durch Verleihung des eben nicht häufigen Titels eines „Königlichen Geheimen Rates", die Mitwirkung in der lippischen Angelegenheit 5. Jan. 1901 durch Verleihung des Ehrenkreuzes zweiter Klasse des fürstlich lippischen Hausordens mit Eichenlaub auch nach aussen hin anerkannt. Die hohe Wertschätzung, welche Seydel im Auslande genoss, fand ihren äusseren Ausdruck in Ernennung zum Ehrendoktor der juristischen Fakultät der Universität Czernowitz gelegentlich der Feier des fünfundzwanzigjährigen Bestehens dieser Hochschule im Dezember 1900.

Die schwerste Entsagung musste Seydel vom Frühjahr 1899 an üben. Von da ab war ihm ärztlich jede wissenschaftliche Arbeit untersagt. Dazu kam eine Abnahme der manuellen Schreibfertigkeit. Das Schreiben verursachte ihm mehr und mehr Mühe und ermüdete ihn rasch. Das war eine harte Prüfung, das schwerste Opfer, das dem an rastlose Thätigkeit gewöhnten Manne auferlegt werden konnte. Doch er ertrug es. Noch besass er drei kostbare Güter: obschon nicht durch Kinder erhöht, ein reiches Eheglück, — seine Gattin war ihm die aufopferndste Pflegerin in der Zeit seines körperlichen Leidens —, ungeminderte geistige Gesundheit und unversiegbaren Humor. Dieser treue Freund hatte ihn von Jugend auf begleitet und ihm manche schwere Stunde erleichtert, die ihm sein Gehörfehler bereitete. Er verliess ihn auch jetzt nicht. Immer heiter und liebenswürdig, vermochte er selbst über alle seine Leiden mit Humor zu schreiben. „Ich bemühe mich, im Stoicismus die Note I zu erwerben" ist das Prädikat, das er dem Stillehalten bei der überaus schmerzhaften Nach-

behandlung gab, welches jene Ohrenoperation vom Oktober 1897 Monate hindurch notwendig machte. So erklärt sich auch trotz allen Leidens seine Mitarbeiterschaft an der „Jugend", die, seit 1899 aufgenommen, besonders in das Jahr 1900 fiel. An längerem Schreiben körperlich gehindert und von wissenschaftlicher Thätigkeit durch Gesundheitsrücksichten abgehalten, wandte sich SEYDEL der mehr heiteren Muse zu. Von jeher ein Meister des Bonmot, lieferte er namentlich in seinen „Gedanken" manch wertvolle, kräftige Aphorismen und Essais für die „Jugend". Besonders England widmete er gern witzige Schläge. Ebenso gab SEYDEL 1900 seine beiden Bände Gedichte in vermehrter, zweiter Auflage heraus, nachdem er auch noch in der deutschen Juristenzeitung (1900 S. 260) für die humanistische Vorbildung der Juristen eine Lanze gebrochen. Viel zu früh entsank ihm die Feder. Aber immerhin trotz körperlichen Leids ein Leben voll Geist und Arbeit, voll Glück und Segen, ein schönes Leben hatte geendet.

II.

SEYDEL war eine über die Massen anziehende Persönlichkeit. Wem es nicht vergönnt war, ihn persönlich zu kennen, der war unwiderstehlich gepackt von der Klarheit und Schöne seiner Schriftsprache. SEYDEL war ein Meister des Stils. Das Geheimnis seiner Sprache lag im Einfachen, im Schlichten. Aus seinem Wortschatz war verbannt jede Phrase und jedes Fremdwort, aus seinem Satzbau jedes Satzgewirre. Man muss einmal eine von seiner Hand korrigierte Abhandlung in Händen gehabt haben; dann weiss man sicher, dass in der Einfachheit die Grösse seiner Sprache lag.

Ihren Höhepunkt erreichte seine Kunst der Formgebung in seinen Gedichten. „Nie ward schwerere Aufgabe vollendeter gelöst", so lautet LUDWIG FRIEDLÄNDER's Urteil über SEYDEL's Lukrez-Uebersetzung. Und wenn wir fragen, worin diese Vollendung besteht, sie liegt in nichts anderem, als in einfacher, wort-

bezwingender Sprache. Sie schafft edle, schöne Formen. Das ausgeprägte Formgefühl seiner Gedichte erinnert vielfältig an PLATEN, RÜCKERT und GEIBEL.

Wer SEYDEL persönlich kannte, den zog scheinbar anderes an. Und doch war es im Grunde dasselbe. Die klare, einfache Schönheit seiner Sprache war lediglich der Ausdruck seines inneren Wesens. SEYDEL war ein klarer Charakter. Man wusste, wie man an ihm war. Er war gleich stark in der Liebe gegenüber dem Liebens-, im Hass gegenüber dem Hassenswerten. Er war ein ehrliches, offenes Herz und bei aller Grösse des Geistes, aller Tiefe und Weite spezieller und allgemeiner Bildung ein im Umgang rührend bescheidener Mann. Dazu kam ein seltenes Mass unbewusster persönlicher Liebenswürdigkeit. Schon in seinen Zügen lag Herzensgüte und Sonnenschein; und freundliches Wesen leuchtete aus seinen hellen Augen. Erwärmend wirkte seine Nähe. Man fühlte sich heimisch in seiner Umgebung.

Und zu dem allen kam noch ein ganz besonderes Geschenk — wir erwähnten es schon oben —, ein treffender, nie verletzender Witz. Er machte ihn rasch zum Mittelpunkt der Gesellschaft. Wie wusste er auch dadurch den Kreis der trefflichen Männer zu fesseln, in dem er — es waren zumeist frühere Kollegen aus dem Ministerium des Innern, der feinsinnige Staatsrat v. NEUMAYR an der Spitze — in seinen guten Zeiten allabendlich zum Dämmerschoppen zwischen sieben und acht drunten am Platzl in der „Leberwurst" erschien! Wie liess er seinem Witze die Züge schiessen, wenn wir zur Zeit des Maibocks mittags nach der Vorlesung zusammen im „Garten" des Hofbräuhauses einen Krug leerten, oder wenn ihn der Abend hie und da mit Freunden im Dirnbräu beim „Ungespundeten" zusammen führte.

Und wie im Privatverkehr, so auch auf dem Katheder. SEYDEL war ein mit Vorliebe gehörter Lehrer. Zwar sprach er nicht frei — davon liess er sich durch sein Gehörleiden abhalten — und das Ablesen erfolgte in überaus raschem Tempo.

Aber dafür der Genuss einer scharfen, klaren und darum eindringlichen Gedankenführung, gewürzt durch Proben feinen, prächtigen Witzes. Hätte ihn nicht sein körperliches Leiden davon abgehalten, SEYDEL hätte sich nach jeder Richtung vorzüglich zur Wirksamkeit im öffentlichen, im politischen Leben geeignet.

Der SEYDEL eigene Humor trat auch in seiner schriftstellerischen Thätigkeit hervor, weniger natürlich in seinen rein wissenschaftlichen Werken, doch begegnet er auch hier ab und zu in den Anmerkungen. Spielen liess er ihn aber in seinen Beiträgen zur Tageslitteratur, in seinen Aufsätzen für die politische Presse. In Einem dagegen, wo wir ihn besonders erwarten würden, fehlt er — von den wenigen Liedern an Hanna abgesehen — gänzlich, in seinen Gedichten. Sie sind durchgehends ernsten Charakters. Zu einem grossen Teil liegt dies an den gewählten Stoffen. Seine Gedichte gehören mehr der Beobachtung der Natur, der Schilderung der Schönheit der Erde, als der Beobachtung der Menschen. Der Stoff, den er wählt, fordert eine hoheitsvolle Sprache. Aber auch, wo er Seelenstimmung malt, fehlt die heitere Muse. Ernst und zumeist sogar Schwermut liegt über den Versen. Wie innig empfunden, aber doch wie düster klingt der Sang (Neue Gedichte S. 181):

„Aus jenem Kelche hab' ich nie getrunken,
Den Jugend an die durst'ge Lippe reisst,
War nie in jenen süssen Traum versunken,
Der Glück gewährt, indem er Glück verheisst.

Die Täuschung blieb mir fern; des Wahnes Schleier
Hat mir die Dinge schmeichelnd nie verhüllt.
Der Schmerz des Daseins war's, der meine Leier
Mit anmutreicher Töne Flut erfüllt.

Wohl hab' ich der Gedanken Reich durchmessen,
Nicht freudig, nein, von starrem Frost durchbebt,
Und könnt' ich liebend nicht mich selbst vergessen,
Dies Leben wär's nicht wert, dass ich's gelebt."

Woraus erklärt sich diese trübe Art? Sehr leicht. Manchmal übermannte SEYDEL eben doch das Gefühl der Vereinsamung, wozu ihn, so lange er nicht verehelicht, bis zu einem gewissen Grade sein Ohrenübel von Jugend auf verurteilte. Da brach dann so schwermütiges Sinnen hervor und — wie er uns selbst erzählt —, so lange er für sich lebte, da waren es nicht Stunden heiterer, sondern ernster Stimmung, die ihn zur Leier greifen liessen. „Nicht aus dem Sonnenschein des Glücks — Als mir das Teuerste verloren, Da ward aus Thränen, Schmerz und Weh Mein erstes Weihelied geboren“ (Bd. II S. 180). Aber die Grundstimmung seines Wesens war das nicht. Ein Kopfhänger zu sein, das entsprach nicht seiner Natur. Und mit der Gründung des ehelichen Heims hörte das Gefühl der Vereinsamung und damit das Schwermütige in seinen Liedern auf. Welch' ganz andere Schätzung seines Lebens in den Liedern an Hanna, als in jenem oben angeführten schweren Sang. „Segen“ betitelt er jetzt das Lied, das den Inhalt seines Lebens schildert.

„Spät hast du, Liebe, mir die Stirn bekränzt,
Mein Frühjahr schwand, es hat mir nicht gelenzt.
Doch war mein Glück gestundet, nicht geraubt;
Mich hat der Sommer schöner nur umlaubt.
Mit solchem Kranze hat er mich gekrönt,
Wie selten er ein Dichterhaupt verschönt.
Nun hab' ich aller Seligkeit genug;
Es schweigt die Frage, die ich sonst wohl frug.
Nicht kümmert mich, was künftig meiner harrt,
In dieser herrlich lichten Gegenwart.
Mein ist das Leben, und ich bin getrost,
Dass, sterblich, ich ein göttlich' Loos erlost.
Ob man mir einst den müden Leib begräbt,
Schon heute fühl' ich's froh: ich hab' gelebt.“

Aber SEYDEL ist nicht bloss eine anziehende, er ist auch eine begeisternde Persönlichkeit. Nicht in seinen Gedichten. Wie nach der Form, so stehen auch nach ihrem Inhalt seine Gedichte der Poesie PLATEN's am nächsten. Dieser fehlt, was

eine Dichtung volkstümlich macht, das weichere Gefühl und der Ausdruck nationalen Empfindens. Auch durch SEYDEL's Gedichte geht eine gewisse Kühle. Das liegt zum Teil in den bevorzugten antiken Versformen, zum Teil im gewählten Vorwurf. SEYDEL schildert die Herrlichkeit der griechischen Landschaft, die Ebenmässigkeit griechischer Architektur, die Morgen- und Abend-, die Frühjahrs- und Herbststimmung in Gottes schöner Welt, also Totes, Unpersönliches. Aber auch wo er Gefühle zeichnet, da sind es nicht die weichen Töne des Herzens, des Volks-, des Nationalempfindens, welche er anschlägt, sondern hoheitsvolle Würde und stolze Idealität, Entschlossenheit und Entsagung, Ernst und Trauer sind die Gefühle, welchen SEYDEL schönen, oft tiefergreifenden Ausdruck leiht. Reine, vornehme Erhabenheit nach Form und Inhalt ist seiner Lieder Ton. Humor und Heiterkeit, wie sie die Hanna gewidmeten Gedichte durchziehen, fehlen seiner übrigen Dichtung. Sie erweckt ruhige Teilnahme, nicht aber Begeisterung. Ganz anders SEYDEL als Prosaist, als Schriftsteller in wissenschaftlichen Werken, in Zeitungserörterungen, in Essais, in Aphorismen. Wie volkstümlich klar und volkstümlich herzlich, wie lichtvoll schildernd, wie persönlich offen, wie packend in Bildern, treffend in Vergleichen, eindringlich in Gegensätzen weiss SEYDEL zu schreiben. Es ist ein Hochgenuss ihm zu folgen! Wie leicht fliesst sein Wort; wie passt die Form zum Gedanken! Welch' köstliche Stunden bereitet die Lektüre seiner Werke!

Aber SEYDEL war noch mehr. Er war auch eine grosse Persönlichkeit, ein Gelehrter von imponierender Grösse. SEYDEL zeigt die allgemeinen Merkmale des bedeutenden Forschers: Gründlichkeit bis in die kleinste Einzelheit des Wissens, ausserordentlichen Scharfsinn in Erkennung von und in Ableitung aus Prinzipien. Aber was ihn als Mann der Wissenschaft besonders auszeichnet, das ist rasches Erfassen der Probleme, grundsätzliche Originalität, vor allem aber frappierend einfache und natürliche Konstruktion und bezaubernde Klarheit in Konzeption und For-

mulierung der Gedanken und unbeirrbare Logik. Alle diese Eigenschaften sind leicht erwiesen.

Auf SEYDEL's Gabe eminent raschen Erkennens der der Fülle der Erscheinungen zu Grunde liegenden Pinzipien beruht die ausserordentlich grosse und doch immer tiefgehende Fruchtbarkeit seiner Feder. Ohne diese Gabe leichter und rascher Produktion wäre sein bayerisches Staatsrecht nicht entstanden. Wie Herrliches und Vieles wäre dank dieser Gabe von SEYDEL noch zu erwarten gewesen!

Auf SEYDEL's einfacher, klarer und unerbittlich konsequenter Gedankenführung ruhte SEYDEL's mächtiger Einfluss auf seine Hörer und auch auf seine Leser. Diese geschlossene Durchsichtigkeit seines Systems hat ihm sonder Mühe grossen Anhang verschafft. Man muss es mit erlebt, als Schüler selbst zu SEYDEL's Füssen gesessen haben, um beurteilen zu können, wie SEYDEL's Schüler für des Lehrers Anschauungen durchs Feuer gingen. Es ist nicht an dem, dass SEYDEL's grundlegende Anschauungen Boden nur in Bayern fassten. Das trifft zu lediglich für seine Anschauung von der rechtlichen Natur des Reiches, aber auch diese würde in das übrige Deutschland mehr hinausgetreten sein, wenn in München mehr nichtbayerische Studenten nicht bloss die ersten, sondern auch die letzten, dem öffentlichen Recht gewidmeten Semester verbrächten. Die grundlegenden Anschauungen von Staat und Souveränität im allgemeinen aber haben auch ausserhalb Bayerns und über die Grenzen Deutschlands hinaus, namentlich in Oesterreich, vielfältige Aufnahme gefunden und befruchtenden Einfluss geübt.

Und weiter: SEYDEL's Originalität! Am glänzendsten tritt sie hervor, wenn wir nachfragen, auf welchem Wege SEYDEL zu seinen Theorien gelangte, auf wessen Schultern er steht. Gewiss, in der Methode, in er ihm eigenen formalistischen, begriffsmässig deduktiven, konstruktiven, das historisch-politische Auslegungsmoment grundsätzlich zurückweisenden Methode hat er ein Vor-

bild. Er ist, wie die ganze, dieser Richtung angehörende neudeutsche Staatsrechtsschule, entschieden von GERBER beeinflusst, dessen Grundzüge des deutschen Staatsrechts 1865 zuerst, 1869 zum zweiten Male erschienen waren. Aber lediglich in der Methode. In seinen materiellen Grundansichten weicht SEYDEL von GERBER völlig ab, bekämpft er ihn und geht er seine eigenen Wege. Unbestreitbar hat SEYDEL auch in seinen grundsätzlichen Ansichten zum Teil Vorgänger, d. h. bei andern Anregung gefunden. Aber diese Vorgänger gehören nicht dem Staatsrecht, sondern anderen Rechtsgebieten an. In der realistisch-empirischen Auffassung des Rechts steht er zweifellos unter dem Einfluss IHERING's, in seiner Verwerfung der juristischen Person als wirkliche Rechtsfigur nach eigener Angabe auf den Schultern von UNGER und BRINZ, aber was seine eigene That ist, das ist der Gedanke, diese Grundanschauungen auf das Wesen des Staates zu übertragen, und der Aufbau des ganzen Systems der Staatsrechtsordnung auf diesen Anschauungen. Vollkommen frei von jedem unmittelbaren Vorgänger ist SEYDEL's Nachweis der Unvereinbarkeit des damals herrschenden Bundesstaatsbegriffes mit dem Wesen der Souveränität.

Aber nicht allein in seinen auf die Grundbegriffe des Staatsrechts bezüglichen Lehren zeigt sich SEYDEL's Originalität und Selbständigkeit, sondern auch in der Behandlung der einzelnen Institute des Staatsrechts. Am schlagendsten erhellt dies aus seiner Bearbeitung von Bayerns öffentlichem Recht im Vergleich mit den Bearbeitungen des gleichen Stoffes durch andere vor ihm. Welch' ausserordentliche Vertiefung und Neubegründung des Ganzen! Wir reden hier nicht von der grösseren Reichhaltigkeit des Stoffes. Sonder Zweifel, diese mag zu grossem Teile dem Umstand zu danken sein, dass SEYDEL Quellen eröffnet wurden, die seinen Vorgängern unzugänglich blieben. Hier handelt es sich um die Art der Behandlung des Stoffes. PÖZL's, seines unmittelbaren Vorgängers, Darstellung ist doch mehr nur Staats-

rechtskunde, äussere Zusammenreihung von Staatsrechtssätzen. Wie sehr stellt dagegen er das innere Band zwischen Rechtssätzen und Rechtsinstituten dar! Wie weiss er Prinzipien zu entdecken und aus den Prinzipien, auf welche die Masse der gesetzlichen Einzelbestimmungen zurückführt, neue Rechtssätze abzuleiten! Um nur einiges zu erwähnen, seine Auffassung der Rechtsstellung des landesherrlichen Hauses, die von ihm behauptete Eigenart des Budgetrechtes der bayerischen Volksvertretung, seine Konstruktion des Wesens der höheren Gemeindeverbände, der rechtlichen Natur der Volksschule, seine Lehre vom staatskirchlichen Placet, von den Besonderheiten des bayerischen Militäretats u. a. In welchem Masse SEYDEL seine eigenen Wege geht, das wird noch mehr hervortreten, wenn einmal eine Bearbeitung des bayerischen Staatsrechtes von anderer Grundanschauung aus unternommen werden sollte. Wie sehr wird da insbesondere auch hervortreten, welch' grossen Einfluss SEYDEL's besondere Stellung zu den Grundfragen des Staatsrechtes auf die Entscheidung von Einzelfragen ausübt.

Und zu dieser Ursprünglichkeit der Konzeption kommt dann die hervorragende Gabe scharfsinnigster Folgerichtigkeit in der Durchführung des aufgenommenen Fundamentalgedankens. In welchem Grade lassen schon seine Erstlingswerke diese Gabe erkennen! Ist der Staat keine Persönlichkeit, dann löst sich das ganze Staatsrecht in Rechtsverhältnisse nur zwischen Individuen auf. Mit welcher Konsequenz ist dieser Gedanke in seinen „Grundzügen einer allgemeinen Staatslehre" durchgeführt! Und wie folgerichtig konstruiert er von seiner Grundanschauung über das Wesen der Bundesgewalt aus Organisation und Thätigkeit derselben!

Mit SEYDEL's wissenschaftlicher Originalität und Unabhängigkeit, auf welch' beide im Grunde genommen auch seine Gabe strenger Folgerichtigkeit zurückführt, hängt zusammen, dass SEYDEL an seinen in der Jugend aufgenommenen Grundanschauungen

ohne wesentliche Aenderungen zeitlebens festhielt. Was er 1872 und 73 als junger Mann von sechs- und siebenundzwanzig Jahren mutig und entschlossen behauptete, daran hielt er in der Hauptsache auch noch nach weiteren siebenundzwanzig Jahren fest. Oft mit denselben Worten noch kehrt es in seinem letzten Werk, in seinen „Vorträgen über allgemeines Staatsrecht", wieder. Gar Manchen mag es in der Stille gewundert haben, wie SEYDEL trotz aller Anfechtung, die seine grundlegenden Anschauungen im allgemeinen Staatsrecht doch zu ihrem grössten Teile erfuhren, an keiner derselben irre wurde. Jeder Staatsrechtslehrer der jüngsten Zeit, den ich kenne, hat im Laufe der Zeit an seinen Grundansichten nicht unerhebliche Revisionen vorgenommen. SEYDEL that es nicht. Wie oft hat man ihm z. B. entgegengehalten, dass seine Auffassung von einem Rechts-, von einem Vertragsverhältnis, das zwischen den Staaten eines Bundes bestehen soll, mit seiner Grundanschauung vom Recht als einer Ordnung nur innerstaatlicher Verhältnisse in Widerspruch stehe. Wie vermögen, wenn der Staat Quelle allen Rechts ist, es also Recht nur im Staate, im Verhältnis von Staat und Unterthanen geben kann, doch auch rechtliche Beziehungen, Rechtsverhältnisse zwischen Staaten zu bestehen? Das Wort vom „ewigen Bund", welcher zwischen den deutschen Staaten bestehen soll, soll für diese Staaten gegenseitig bindende rechtliche Bedeutung haben (Kommentar S. 13) und doch ist nach jenem allgemeinen Satz ein Staat an die von ihm im gegenseitigen Verkehr beobachteten Grundsätze nicht länger gebunden, als er will: zwischen Staaten besteht nicht Recht, sondern nur Gewalt (Allgemeine Staatslehre S. 3). SEYDEL hat trotz alledem seine Lehre nicht aufgegeben, dass es Recht nur im, nicht ausser und über dem Staate geben könne. Wie liesse es sich anders erklären, als daraus, dass SEYDEL seine Anschauung eben völlig selbständig gefasst hat? SEYDEL schreibt einmal in der „Jugend": „Das beste, was der Mensch sein geistiges Eigen nennt, lernt er

nicht, sondern er hat es." Ich wüsste nicht, auf wen dies mehr Anwendung finden könnte, als auf ihn selbst. Seine Theorien waren mit seinem Inneren, seiner Individualität untrennbar verbunden.

Zeigten schon die Grundanschauungen Widersprüche, um wie viel mehr mussten solche dann noch in der Durchführung im einzelnen hervortreten. Aber selbst wenn die Grundanschauung zutreffend war, die historische Entwicklung verläuft nicht immer folgerichtig. Auch aus diesem Grunde waren Widersprüche mit dem positiven Recht unausweichlich. Zur Aufgabe seiner Grundansichten vermochten sie SEYDEL nicht zu bewegen. Sich von ihnen loszusagen, war ihm natürlich unmöglich.

Seiner Selbständigkeit entsprechend, war es überhaupt nicht SEYDEL's Art, sich viel mit Anschauungen anderer auseinanderzusetzen. Dies tritt besonders in seinem bayerischen Staatsrecht hervor. Gewiss war SEYDEL dazu zum Teil dadurch veranlasst, dass das Werk sonst ins Unermessliche gewachsen wäre. Aber auch über naheliegende Fragen, wie z. B. über das Wesen der Verwaltungsrechtspflege, tritt SEYDEL in keine Auseinandersetzung mit anderen in der Litteratur des allgemein deutschen Verwaltungsrechts hervorgetretenen Meinungen ein. Die Kritik anderer liess er ruhig über sich ergehen.

Nur in einem Punkte machte er eine Ausnahme. Dann wandte sich SEYDEL gegen die Kritik und setzte sich mit ihr in aller Schärfe auseinander, wenn sie seine Theorie von der rechtlichen Natur des Deutschen Reiches betraf und er sah oder wenigstens glaubte, sehen zu müssen, dass sie von Fachgenossen nicht als rein staatsrechtliche, sondern als mit politischen Absichten verbundene angesprochen wurde. In diesem Punkte war er sterblich. Die Bezeichnung seiner Lehre als einer bayerischen durch Männer der Wissenschaft versetzte ihn in heftige Erregung. Selbst dann konnte da sein Blut schon in Wallung geraten, wenn seine Schule nur in dem Sinne als eine bayerische bezeichnet

wurde, dass damit gesagt sein wollte, diese Meinung habe lediglich in Bayern Anhänger gefunden.

Seydel unterliess es, sich gegen Angriffe auf seine Theorie zur Wehr zu setzen, wenn sie nicht von Fachleuten, sondern von Politikern des Tages ausging, wenn die öffentliche Presse seine Anschauung als partikularistisch bezeichnete. Die Kritik der öffentlichen Meinung, des politischen Gegners liess ihn, wie in anderen politischen Dingen, so auch hier kalt, mochte sie noch so masslos sein. Er entschuldigte sie mit mangelnder Sachkunde und getrübtem Parteiblick. Nur einmal wich er von diesem Grundsatze ab, 1874; wie schon oben erwähnt, durch einen Aufsatz in der „Gegenwart", in welchem er die politischen Verdächtigungen, die ihm aus seiner Staatenbundslehre erwachsen, zurückwies. Ganz anders, sobald er sah oder glaubte, dass seine Anschauung von Männern der Wissenschaft in abfälliger Weise ins Politische hinübergezogen wurde. Hier ergriff ihn ernstlicher Zorn und er konnte in einer Schärfe antworten, die seiner natürlichen Freundlichkeit völlig zuwider lief.

Es könnte auffällig erscheinen, dass Seydel sich auch schon erhob, wenn seine Meinung in dem Sinne als eine bayerische bezeichnet wurde, dass sie lediglich in Bayern sich der Aufnahme durch andere staatsrechtliche Schriftsteller erfreute. Aber man möge bedenken, dass damit doch die Möglichkeit gegeben war, dass Dritte, Laien, diese Bezeichnung als eine politische auffassten, und dass dies in der That auch geschah.

Man hat Seydel und seine Anhänger wegen ihrer Auffassung des Reiches als eines blossen Staatenbundes nicht nur als Partikularisten bezeichnet, sondern ihre Theorie als sezessionistisch, unpatriotisch, ja sogar reichsfeindlich verunglimpft. Bis zuletzt war solche Charakterisierung in der ausserbayerischen Presse nicht selten (z. B. noch Kölnische Zeitung vom 4. Jan. 1900 No. 8), hervorgerufen allerdings zum Teil dadurch, dass partikularistische Parteianschauungen innerhalb Bayerns, selbst wenn sie

im übrigen, z. B. für ihre Auffassung des Verhältnisses von Staat und Kirche, bei SEYDEL keine Stütze fanden, in ihrer Beurteilung der Beziehungen der deutschen Einzelstaaten zum Reich sich gerne auf SEYDEL als Autorität beriefen. Aber gerade, weil dies der Fall war, sah sich SEYDEL veranlasst, jeder Bezeichnung seiner Lehre als einer bayerischen unter allen Umständen zu begegnen. In der That war kein Vorwurf, wenn er ernst gemeint war, unbegründeter als der, dass SEYDEL mit seiner Theorie von der Staatenbundsnatur des Reiches politische Absichten verfolgt habe oder solche habe unterstützen wollen.

SEYDEL ist zu seiner Auffassung von dem rechtlichen Wesen des Deutschen Reiches nicht als Bayer, sondern als Jurist, von seiner juristischen Grundanschauung aus gelangt. SEYDEL wäre zu dieser Auffassung auch gekommen, wenn er nicht als Bayer geboren worden wäre oder wenn er ausserhalb Bayerns gelehrt hätte. SEYDEL wurde zu seiner Theorie dadurch geführt, dass er die Möglichkeit einer juristischen Person leugnete. Eine Mehrheit von Herrschern kann nach ihm nicht ein neues Rechtssubjekt, eine neue Persönlichkeit, sondern lediglich eine Summe von Personen bilden. Denn aus einer Mehrheit von Menschen wird kein neuer Mensch und nur Menschen sind reale Persönlichkeiten.

Wir haben hier nicht zu betonen, dass die Schlussfolgerung, welche SEYDEL aus seiner Auffassung der juristischen Person zog, zu weit ging. Was er daraus ableiten konnte, war nur, dass die persönliche Organisation der Verbündeten lediglich eine gesellschaftsartige sei. SEYDEL ging weiter und folgerte daraus auch, dass auch die Gewalt, die sie besassen, nur eine gesellschaftliche Zusammenlegung eines Bundes von Einzelstaatsgewalten sei. Allein mit der Annahme, dass die Verbündeten sozietätsartig organisiert seien, ist wohl vereinbar, dass die Gewalt, die sie ausüben, nicht eine Gesellschafts-, sondern eine Staatsgewalt ist. Es ist die Möglichkeit vorhanden, dass die sozietätsartig organisierten Verbündeten einen neuen Staat bilden, das Deutsche

Reich einen Staat mit einer Gesellschaft als Herrscher, mit einem sozietätsartigen Staatsoberhaupt bildet. Für den Begriff des Staates kommt in erster Linie nicht die Gestaltung des Herrschers, sondern das Rechtsverhältnis zwischen Obrigkeit und Unterthan in Betracht. Die erste Frage ist, ob ein unmittelbares Herrschaftsverhältnis zwischen Herrscher und Unterthan besteht, d. h. ein Verhältnis, welches nicht notwendig des Mittels eines anderen Herrschaftsverhältnisses bedarf. Kennt das deutsche Reichsstaatsrecht die Möglichkeit, dass der Bundesgewalt auch Individuen als Bundesangehörige unterstehen, die keinem der verbündeten Staaten angehören? Würde das Deutsche Reich ein anderes, wenn der Bayer dem Reiche nicht als Bayer, sondern unmittelbar als Deutscher unterstünde?

Aber immerhin: Seydel that diese zu weitgehende, die Frage des Verhältnisses der Bundesgewalt zu den Unterthanen unberücksichtigt lassende Schlussfolgerung. Allein er that sie lediglich als juristische Schlussfolgerung, als Schlussfolgerung aus juristischer, keineswegs aus politischer Ueberzeugung.

Gewiss, Seydel hing mit einer warmen, aufrichtigen Liebe an seinem engeren Vaterland. Wäre dies nicht der Fall gewesen, dann hätte er sich nicht gerade das bayerische Staatsrecht zum wissenschaftlichen Vorwurf genommen, sich nicht am öffentlichen Leben in Bayern beteiligt und sich scharfen Aeusserungen politischer Gegner ausgesetzt. Er hielt es für seine patriotische Pflicht, da, wo er glaubte, seinem Heimatstaate nützen zu können, in dessen Politik auch unaufgefordert durch Beeinflussung der öffentlichen Meinung einzugreifen. Aber keineswegs, dass er dies nur bethätigt hätte, wo es sich darum handelte, bayerische Interessen und Rechte gegenüber dem Reiche zu wahren, sondern er that dies ebenso, wenn es sich um ausschliesslich innerbayerische Verhältnisse handelte. Weiter aber nahm er nicht minder teil an den politischen Fragen des Reiches, auch wenn dieselben speziell bayerische Angelegenheiten gar nicht berührten. Er schrieb und

sprach auch über die Rechte des Reichstags, des Kaisers, des Kanzlers und nicht bloss in Fach-, sondern auch in allgemeinen, in ihrem Leserkreis ganz Deutschland umfassenden Zeitschriften, in der deutschen Juristenzeitung, in der Zukunft — in ersterer über die Befugnis des Reichstags, kaiserliche Reden in die Debatte zu ziehen (1900 S. 19 und 43), in letzterer über die staatsrechtliche Stellung des Kanzlers (1895 S. 600 ff.) — und auch in ausländischen Journalen behandelte er reichsstaatsrechtliche Fragen, so z. B. in der Revue du droit public (Bd. IV [1895] S. 426 ff.), ebenfalls die Frage des „chancelier de l'empire d'Allemagne". Mit einem Worte: die Liebe und Treue SEYDEL's zum Reich war keine geringere, als die zu seinem bayerischen Vaterlande. Es fehlt jeder Schatten eines Beweises, dass er seine Theorie vom Reiche in tendenziöser Weise aufgestellt, vertreten und festgehalten habe.

Wenn er der Anschauung war, Bayern besitze ein Sonderrecht in Bezug auf Ausübung der Militärgerichtsbarkeit, so gelangte er zu dieser Anschauung nicht als Bayer, sondern nur als Jurist. Wäre er zu der Ueberzeugung gekommen, dass ein solches Sonderrecht Bayerns nicht besteht, so hätte er dieselbe mit der nämlichen Offenheit ausgesprochen. Wie es ihm fern lag, Rechte der Gliedstaaten durch falsche Auslegung von Reichs wegen verkümmern zu lassen, so liess er auch nicht zu, dass verfassungsmässige Reichsrechte durch die Bundesstaaten verletzt würden.

Es ist auch keineswegs an dem, dass SEYDEL der Meinung gelebt hätte, vorhandene Reservatrechte seien unter allen Umständen zu erhalten. Er war jederzeit für Aufhebung solcher zu haben, wenn es das höhere Interesse des Reiches unbedingt notwendig machte, sofern die Erweiterung der Rechte des Bundes nur innerhalb der Bundeszwecke lag. Daran hielt er allerdings fest, dass der Bund ja nur ein Bund zu bestimmten Zwecken, „zum Schutz des Bundesgebietes und des innerhalb desselben giltigen Rechtes, sowie zur Pflege der Wohlfahrt des deutschen Volkes", nicht ein Bund mit der Tendenz der völligen Einheit,

des Unitarismus, der Vernichtung der Sonderexistenzen der Bundesstaaten war. Wenn er dies that, so befand er sich völlig auf dem Boden der Reichsverfassung, ebenso wie da, wo er betonte, dass das Reich organisatorisch, in der Einrichtung der Bundesgewalt, in erster Linie auf dem Bundesprinzip beruhe. Dies zu betonen, ist die Pflicht eines jeden, welcher die Reichsverfassung rein juristisch und nur als Jurist auszulegen berufen ist. Mag man das Deutsche Reich als Staat oder als Gesellschaft oder sonst was ansehen, auf jeden Fall ist das Reich in erster Linie Bund, föderativ organisiert, d. h. es herrscht in ihm das Gleichheitsprinzip, Gleichheit der Rechte und Gleichheit der Pflichten der Glieder. Alle Glieder haben ein gleiches Recht auf Teilnahme an der Ausübung der Reichsgewalt. Wenn SEYDEL glaubte, bei einem Streit zwischen dem Reich und einem Gliedstaate darüber, ob letzterer ein Sonderrecht besitze oder nicht, könne die Frage nicht einseitig vom Reich, durch Bundesrat und Reichstag, sondern nur im Wege diplomatischer Verhandlung, durch Vertrag entschieden werden, so war er weit davon entfernt, sich von politischen Erwägungen leiten zu lassen, wie schon daraus hervorgehen mag, dass er in solchen Fällen jederzeit dafür eintrat, Vergleichsversuche nicht zu unterlassen, sondern anzunehmen und sogar aufzusuchen.

Dass die Folge seiner Auffassung von der rechtlichen Natur des Reiches thatsächlich die war, dass die Gliedstaaten dem Reiche unabhängiger gegenüberstehen, als bei der Bundesstaatslehre, und dass insoferne SEYDEL's Reichsauffassung partikularistischen Charakter besitzt, lässt sich nicht bestreiten, aber unerhört wäre es, anzunehmen, SEYDEL habe diese Wirkung erzielen wollen und um dessentwillen seine Theorie geformt. Dies hiesse SEYDEL das erste absprechen, was die Allgemeinheit von einem reinen Juristen und vor allem einem solchen der Theorie verlangen muss, Sachlichkeit, Objektivität, Streben nach juristischer Wahrheit. Und nichts stand SEYDEL höher, als von politischer Betrachtung

freie Behandlung staatsrechtlicher Fragen. Dafür trat er programmatisch in dem Vorwort ein, mit welchem er seinen Eintritt in die Annalen des Deutschen Reiches 1881 begleitete. Er fordert sachliche und nur sachliche Behandlung staatsrechtlicher Dinge, — sachliche allerdings unbekümmert um die politisch-thatsächliche Wirkung, welche das rechtliche Urteil zu haben vermag.

Selbst wenn es aber zutrifft, dass die Theorie SEYDEL's die Gliedstaaten freier stellt, als die andere Reichsauffassung, und insoferne partikularistisch ist, so lässt sich dieselbe doch nur dann als dem Reichsinteresse abträglich, als reichsfeindlich bezeichnen, wenn man Reich mit Unitarismus verwechselt. Aber Reich im Sinne der Reichsverfassung ist nichts Unitarisches, sondern der Name für einen Bund. „Dieser Bund wird den Namen Deutsches Reich führen." Der Bundescharakter des Reiches wird durch diese Theorie in keiner Weise beeinträchtigt. Die Theorie ist organisatorischem Unitarismus, aber nicht dem Reichsgedanken zuwider. Denn der Reichsgedanke ist in erster Linie nicht Einheit, sondern Gemeinschaft, Schaffung von materieller Einheit nur in gewissen Richtungen und nur auf dem Wege des gleichen Mitwirkungsrechtes. Hätte SEYDEL seine Anschauung darum, weil sie die Wirkung hat, dass sie der Fortentwicklung des Reiches zum Unitarismus entgegensteht, etwa gar aufgeben sollen? oder hätte er sie auch schon aufgeben sollen, wenn sie auch nur dem Bundesgedanken nachteilige Wirkung besass? Dann würde von SEYDEL Selbstentehrung gefordert worden sein. Man mag und muss unter Umständen vom praktischen Staatsmann, vom Politiker fordern, dass er seine juristische Meinung aufgibt oder mit ihr wenigstens zurückhält, wenn das höhere Interesse des Staats- und Volkswohles dies heischt. Aber von dem wissenschaftlichen Forscher auf dem Gebiete des Staatsrechts sei solches Ansinnen ferne. Wie der wissenschaftliche Forscher das politisch höchst Zweckmässige nicht vertreten darf, wenn es nicht das Rechtliche ist, so hat er auch — gefragt — das politisch Nach-

teilige zu vertreten, wenn es dem positiven Rechte entspricht. Dies verlangt die wissenschaftliche Wahrheit und Aufrichtigkeit.

Von dem Gelehrten des Staatsrechts beansprucht dies allerdings Mut. Denn ist seine Lehre der politischen Anschauung leitender Kreise zuwider, so wird ihm dies, wenn er seinerzeit Staatsrechtslehrer werden oder seinen akademischen Wirkungskreis erweitern oder verlegen will, leicht Hindernisse bereiten. Nun SEYDEL hat diesen Mut besessen. Freilich hat er auch darunter gelitten. Erst später, als er es verdient, erreichte er das Ziel des akademischen Lehramts. Diese schmerzliche Erfahrung mag es mit erklären, dass ihn die abfällige politische Beurteilung seiner Lehre entflammen liess. Jedenfalls hatte es die Folge, dass er jedem seiner Schüler, welcher gesonnen war, der akademischen Laufbahn sich zuzuwenden, den freundlichen Rat gab, zunächst der Bundesstaatsfrage aus dem Weg zu gehen.

Noch erübrigt, zum Schluss zu erörtern, welche Stellung SEYDEL dereinst wohl in der Geschichte der Staatsrechtswissenschaft einnehmen wird.

In Betracht kommt hiefür lediglich SEYDEL's Verhältnis zu den Grundfragen des Staatsrechts. Denn diese bleiben, während die einzelnen Rechtsinstitutionen der Veränderung unterliegen und mit ihnen die wissenschaftliche Konstruktion, die sie nach ihrer jeweiligen Gestaltung finden.

Die aufgeworfene Frage lässt sich bis zu einem gewissen Grade schon endgiltig entscheiden. Denn, wie hervorgehoben, die Lehren, die SEYDEL zuletzt vertrat, sind in der Hauptsache die seiner Jugend, somit schon siebenundzwanzig Jahre alt. Die Staatsrechtswissenschaft hatte also genügend Zeit, zu ihnen Stellung zu nehmen, sie zu verarbeiten. Da ist nun keine Täuschung möglich — und SEYDEL war sich dessen am besten bewusst —: mit seiner Leugnung der Rechts- und der Persönlichkeits-Natur des Staates und mit seiner Leugnung des Völkerrechts hat SEYDEL unter den bislang massgebenden Vertretern

des Staatsrechtes nur wenig Anhänger gefunden und auch diese machen nicht seine weitgehenden Schlussfolgerungen alle mit. In seiner Auffassung der rechtlichen Natur des Reiches ist es ihm in noch geringerem Masse gelungen, dauernde Nachfolge zu finden. Selbst die Kreise, welche zum Teil praktischen Nutzen daraus zu ziehen vermöchten, haben dies in der Hauptsache unterlassen. Die verbündeten Regierungen stehen wohl samt und sonders, gemeinsam mit der Reichsregierung, auf dem Grundgedanken, den die Verfassung allein zulässt, auf der Anschauung der föderativen Organisation des Reiches. Aber keine sieht darum im Deutschen Reiche einen blossen Staatenbund. Auch die bayerische Regierung nicht. Erst am 8. Nov. 1899 wieder hat sie durch den Mund des Vorsitzenden im Ministerrate, Grafen von Crailsheim, im bayerischen Abgeordnetenhause erklärt, man möge nicht vergessen, dass wir (Bayern) in einem Bundesstaate leben.

In einem Punkte aber und zwar in dem weittragendster Bedeutung hat unser Seydel nahezu allseitige Zustimmung gefunden, in seinem Nachweis der logischen Unmöglichkeit sachlicher Teilbarkeit der Souveränität und der hieraus folgenden Unmöglichkeit der Annahme eines Bundesstaatsbegriffes, wenn Souveränität wesentliches Staatsmerkmal ist. Bis zu Seydel's Abhandlung über den Bundesstaatsbegriff aus dem Jahre 1872 war die Anschauung die herrschende, dass die völkerrechtliche Souveränität sachlich teilbar sei. Die Lehre knüpft sich an den Namen Waitz, dessen Theorie von der zwar nicht ihrem Inhalt, aber ihrem sachlichen Umfang nach teilbaren Souveränität in der Staatsrechtswissenschaft fast ausnahmslos vertreten war. Dass dies heute nicht mehr der Fall, dass heute die gerade entgegengesetzte Meinung die überwiegende ist, das ist das bleibende und unvergängliche Verdienst Seydel's. Sein Nachweis, dass es gerade der Inhalt der Souveränität sei, dass sie keinen bestimmten Umfang habe, war so klar und scharf formuliert, dass

von da an die Waitz'sche Theorie erschüttert und seine Lehre die massgebende wurde. Zog die Mehrzahl der Schriftsteller aus Seydel's Theorie auch andere Konsequenzen, als ihr Urheber, ja sogar dessen Ableitungen geradezu entgegengesetzte Folgerungen, das Verdienst bleibt Seydel der Souveränitätslehre von heute eine neue Grundlage gegeben zu haben.

Liegt dieses Verdienst mehr in der Negative, so liegt ein anderes ausschliesslich in der Positive. In seinem bayerischen Staatsrecht hat Seydel ein Vorbild für jede andere Bearbeitung eines deutschen Landesstaatsrechtes geschaffen. Es ist nicht bloss die eingehendste und gründlichste, sondern auch die prinzipiell-juristisch am tiefsten durchgearbeitete und in allen ihren Teilen den oft spröden Stoff juristisch am meisten belebende Darstellung eines deutschen Gliedstaatsrechtes nach moderner rein staatsrechtlicher Methode. Sichert die erstgenannte That Seydel einen ständigen Platz in der Geschichte der allgemeinen, so sichert ihm das letzterwähnte Werk einen ständigen Platz in der Geschichte der speziell deutschen Staatsrechtslehre.

Aber nicht nur um die Theorie, sondern nicht minder, ja in noch viel höherem Masse hat sich Seydel verdient gemacht um die Praxis des Staatsrechts, um bayerische Verwaltung, Politik und Gesetzgebung. Wie Seydel durch Erörterung der zahlreichen Kontroversen der Kasuistik für lange der bayerischen Verwaltung ein zuverlässiger, sicherer Führer wurde, so hat er auch durch seine gewissenhafte, sachlich-eingehende und scharfsinnige Erörterung der verfassungsrechtlichen Fragen des bayerischen öffentlichen Rechts sowohl nach der geschichtlichen, wie nach der dogmatischen Seite der bayerischen Regierung und den politischen Parteien in Bayern ein mustergiltiges Handbuch geliefert, aus dem sich rasch entnehmen lässt, wie nach den Erfahrungen der Vergangenheit und nach dem Willen der Verfassung Bayerns Geschicke am zweckmässigsten in der Zukunft zu lenken und zu organisieren seien.

Unschätzbar ist daher der Segen, welcher aus SEYDEL's unermüdlichem Fleiss, staunenswerter Arbeitskraft und unvergleichlicher Gedankentiefe für Bayerns Wohl sich ergab und noch in fernen Zeiten ergeben wird. Sofern das Leben irgend eines Gelehrten wert war, gelebt zu werden, so war es dieses.

Wenn SEYDEL in einem reizenden Lied an Hanna singt: „Was du hier an Werken schreibst, dicken, hochgelahrten, ist in dreissig Jahren schon nichts als alte Schwarten. Aber wenn du fröhlich singst, was dein Herz erfreute, klingt's in fernen Tagen noch g'rad so jung wie heute", so hat er für seine Prosaschriften nicht recht. Gewiss, SEYDEL's reizende Lieder werden auch fortleben, aber nicht minder seine für Theorie und Praxis gleich unentbehrlichen Werke.

SEYDEL's dauernde Verdienste können nicht wärmer und herzlicher anerkannt werden, als sie sein allergnädigster Herr in dem Handschreiben anerkannt hat, das dieser schmerzlich bewegt am Tage nach dem Hinscheiden SEYDEL's an die tiefgebeugte Witwe richtete: „Mit seinem Heimgang", schreibt S. K. H. Prinz Luitpold von Bayern, „verlor die Universität München eine ihrer glänzendsten Zierden, die deutsche Wissenschaft einen ihrer ersten Vertreter, das bayerische Land einen seiner besten Söhne. Unter dem Eindruck dieses schweren Verlustes stehend, kann ich mir nicht versagen, auch die Versicherung zum Ausdruck zu bringen, dass ich dem hochverdienten Gelehrten stets ein dankbares Andenken bewahren werde." Ein treues Andenken werden ihm auch alle Anderen bewahren, die seine Verdienste zu würdigen wissen, auch seine wissenschaftlichen Gegner. Unauslöschlich wird die Erinnerung an ihn aber bei seinen Schülern und Freunden fortleben. „Freunde macht man sich; einen Freund findet man" schrieb der Verstorbene etwa vor Jahresfrist in der „Jugend". Wer SEYDEL's Freundschaft fand, dem ward am 23. April d. J. ein Stück seines Innersten genommen!

Aufsätze.

Das Petitionsrecht.

Von

Conrad Bornhak.

Die sogenannten Grundrechte der deutschen Verfassungsurkunden haben sich im letzten Menschenalter weder besonderer Schätzung noch eingehender Bearbeitung zu erfreuen gehabt. Sie gehören im wesentlichen der Rechtsgeschichte an und waren notwendig zur Sicherung der individuellen Sphäre in einer Zeit, welche die Verwaltung der absoluten Bureaukratie unvermittelt in die konstitutionelle Verfassung hinübergenommen hatte. Die individuelle Sphäre ist jetzt durch eine gesetzlich geregelte Verwaltung und durch den Ausbau der Rechtspflege auf diesem Gebiete besser geschützt, als es die allgemeinen Phrasen der Grundrechte je vermochten. Man braucht jene Krücken nicht mehr, wie notwendig sie einst sein mochten. Daher die Verschiedenheit der Schätzung. Während die Frankfurter Nationalversammlung von 1848 einst ihre beste Zeit mit der Feststellung der Grundrechte des deutschen Volkes verbrachte, schweigt sich unsere heutige Reichsverfassung vollständig aus. Damit hängt denn auch die skeptische Auffassung der Rechtswissenschaft zusammen. Die überwiegende Ansicht dürfte heute sein, dass die

Grundrechte, soweit sie überhaupt noch in Kraft sind, nicht subjektive Rechte der Staatsangehörigen bilden, sondern objektive Rechtsschranken für die Verwaltung in der Form des Verfassungsrechtes.

Eines der fragwürdigsten unter den Grundrechten ist nun aber das Petitionsrecht, das neuerdings wieder politisch eine Rolle zu spielen anfängt. Die wissenschaftliche Vernachlässigung teilt es mit den Grundrechten überhaupt. Die staatsrechtlichen Kompendien thun es meist, soweit sie es überhaupt erwähnen, mit einigen Worten ab, aber nur deshalb, weil in den Verfassungsurkunden etwas davon steht. Die einzige grössere Bearbeitung von ROBERT v. MOHL [1] ist über 40 Jahre alt. Gleichwohl hat die politische Bedeutung des Petitionsrechtes eine Reihe von Streitfragen zu Tage gefördert, die, wie kühl man ihm auch vom staatsrechtlichen Standpunkte gegenüberstehen mag, eine nähere Erörterung gerade dieses Grundrechtes wünschenswert erscheinen lassen.

Das Petitionsrecht bedeutet in schlichtes Deutsch übersetzt nichts anderes als das Recht zu bitten. Es ist nicht überflüssig, diesen einfachen Wortsinn festzustellen.

Die Bitte ist auf keine bestimmten Gegenstände beschränkt. Um was kann man nicht alles bitten? Vernünftige und unvernünftige, erreichbare und unerreichbare menschliche Wünsche können gleicherweise in Bitten ihren Ausdruck finden. Es ist daher nicht zutreffend, die Bitte, wie es von ROBERT v. MOHL geschieht, der Beschwerde entgegenzusetzen und letztere als Klage über eine Rechtsverletzung zu bezeichnen. Die neuere preussische Verwaltungsgesetzgebung stellt unter dem Einflusse der Lehre von L. v. STEIN die Beschwerde gerade der Verwaltungsklage, welche blosse Rechtsbeschwerde ist, gegenüber. Schon die formelle Verwaltungsbeschwerde braucht sich nicht auf eine Rechtsver-

[1] Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft Bd. IV S. 137 ff.; Staatsrecht, Völkerrecht und Politik Bd. I S. 222 ff.

Staatswesens Petitionen bei der Nationalversammlung ohne weiteres zulässig, und über ihre Anbringung und Erledigung traf nur die Geschäftsordnung vom 29. Juli 1789 Bestimmung. Insbesondere war hiernach schon die persönliche Uebergabe von Petitionen an der Schranke des Hauses zulässig. Es ist bekannt, wie gerade dies gemissbraucht worden ist, um durch persönliche Uebergabe von Massenpetitionen die gesetzgebende Körperschaft einzuschüchtern und den revolutionären Massen der Strasse zu unterwerfen. Erst die Verfassungen von 1791 und 1793 erkannten das Petitionsrecht unter den natürlichen und bürgerlichen Rechten ausdrücklich an. Den mannigfachen Wechsel der späteren französischen Verfassungen zu verfolgen, würde ohne Bedeutung sein. Den für die Entwicklung des deutschen Verfassungsrechtes massgebenden Abschluss bildet die Charte constitutionelle Ludwigs XVIII. von 1814. Sie zählt das Petitionsrecht nicht unter den Grundrechten auf, sondern gestattet in dem Abschnitte über die Kammern Art. 53 die Einreichung schriftlicher Petitionen bei jeder Kammer, verbietet aber deren persönliche Uebergabe.

Will man die Bedeutung des Petitionsrechtes für das deutsche Staatsrecht würdigen, so muss man sich in den Zustand vor Erlass der Verfassungsurkunden oder noch besser in den der absoluten Monarchie des 18. Jahrhunderts zurückversetzen.

Das öffentliche Recht der absoluten Monarchie ist, wenn wir von einigen stehen gebliebenen Resten der ständischen Verfassung absehen, enthalten in der Monarchie und in der Verwaltungsordnung. Die öffentliche Meinung, soweit von einer solchen überhaupt die Rede sein kann, geniesst jedenfalls keinerlei rechtliche oder politische Anerkennung. Nur der einzelne Unterthan kann die Staatsgewalt in Bewegung setzen und zwar, indem er sich an einen der beiden Faktoren des öffentlichen Rechtes, den König oder die Behörden, wendet. Dies zu thun, kann er durch zwiefache Gründe veranlasst sein.

Das Petitionsrecht scheidet damit aus dem Rechtsleben überhaupt aus, es ist die angeborene menschliche Fähigkeit, Mitmenschen um etwas bitten zu können, und steht mit dem Rechte zu schlafen, mit dem sich noch keine juristische Monographie beschäftigt hat, genau auf derselben Stufe. Für die Rechtsordnung kommen solche angeborenen menschlichen Fähigkeiten nur insoweit in Betracht, als sie ihrer Bethätigung Schranken zieht. Bitten und Schlafen sind für das Recht gleichgiltig, Betteln und das Schlafen des Soldaten auf Posten werden als verbotene Handlungen von rechtlicher Bedeutung.

So tritt denn auch das Petitionsrecht nur durch die ihm gezogenen oder gezogen gewesenen Rechtsschranken in das Rechtsleben ein.

In England, dem Mutterlande des konstitutionellen Staatsrechtes, kennt man denn weder Grundrechte überhaupt noch ein besonderes Petitionsrecht. Bitten an den König wie an seinen grossen Rat, das Parlament, waren von jeher erlaubt. Unter den Stuarts (13 Car. II, 1 ch. 5) wurden zeitweise gewisse Massenpetitionen untersagt. Diese Verbote sind aber jetzt veraltet. Es bestehen nur noch Regeln für den Geschäftsgang bei Einreichung und Behandlung der Petitionen im Parlamente.

Erst die Verfassung der amerikanischen Union wie vieler Einzelstaaten enthält die Bestimmung, dass kein Gesetz erlassen werden darf, welches das Recht des Volkes, sich friedlich zu versammeln und an die Regierung Petitionen zu richten, beschränkte. Gerade die verfassungsmässige Unzulässigkeit der Beschränkung dieser Freiheit bot der Abolitionistenpartei die Möglichkeit, die Petitionen als politisches Kampfmittel gegen die Sklaverei zu benutzen[2].

In Frankreich waren mit dem Zusammenbruche des alten

---

[2] Vgl. v. Holst, Staatsrecht der Vereinigten Staaten bei Marquardsen S. 124.

Staatswesens Petitionen bei der Nationalversammlung ohne weiteres zulässig, und über ihre Anbringung und Erledigung traf nur die Geschäftsordnung vom 29. Juli 1789 Bestimmung. Insbesondere war hiernach schon die persönliche Uebergabe von Petitionen an der Schranke des Hauses zulässig. Es ist bekannt, wie gerade dies gemissbraucht worden ist, um durch persönliche Uebergabe von Massenpetitionen die gesetzgebende Körperschaft einzuschüchtern und den revolutionären Massen der Strasse zu unterwerfen. Erst die Verfassungen von 1791 und 1793 erkannten das Petitionsrecht unter den natürlichen und bürgerlichen Rechten ausdrücklich an. Den mannigfachen Wechsel der späteren französischen Verfassungen zu verfolgen, würde ohne Bedeutung sein. Den für die Entwicklung des deutschen Verfassungsrechtes massgebenden Abschluss bildet die Charte constitutionelle Ludwigs XVIII. von 1814. Sie zählt das Petitionsrecht nicht unter den Grundrechten auf, sondern gestattet in dem Abschnitte über die Kammern Art. 53 die Einreichung schriftlicher Petitionen bei jeder Kammer, verbietet aber deren persönliche Uebergabe.

Will man die Bedeutung des Petitionsrechtes für das deutsche Staatsrecht würdigen, so muss man sich in den Zustand vor Erlass der Verfassungsurkunden oder noch besser in den der absoluten Monarchie des 18. Jahrhunderts zurückversetzen.

Das öffentliche Recht der absoluten Monarchie ist, wenn wir von einigen stehen gebliebenen Resten der ständischen Verfassung absehen, enthalten in der Monarchie und in der Verwaltungsordnung. Die öffentliche Meinung, soweit von einer solchen überhaupt die Rede sein kann, geniesst jedenfalls keinerlei rechtliche oder politische Anerkennung. Nur der einzelne Unterthan kann die Staatsgewalt in Bewegung setzen und zwar, indem er sich an einen der beiden Faktoren des öffentlichen Rechtes, den König oder die Behörden, wendet. Dies zu thun, kann er durch zwiefache Gründe veranlasst sein.

Einmal kann jemand in seinen Rechten oder Interessen sich verletzt fühlen. Dann wendet er sich unter Darlegung des Sachverhaltes mit der Bitte um Abstellung an die zuständige Behörde. Dies ist die formlose Verwaltungsbeschwerde, wie sie noch heute gang und gäbe ist. Damit kann der ganze Instanzenzug durchlaufen werden. Auch ist der Unterthan befugt, sich an den König persönlich zu wenden. Letzteres hat natürlich nur einen Sinn, wenn der Instanzenzug der Behörden erschöpft ist. Da die Rechtsprechung keine absolute Schranke der monarchischen Regierung bildete, war, wie das Beispiel des Müller Arnold'schen Prozesses unter Friedrich dem Grossen zeigt, selbst in Prozesssachen eine materielle Beschwerde beim Könige nicht ausgeschlossen. Erst gegen Schluss des 18. Jahrhunderts kommt mehr und mehr die Ansicht zum Durchbruche, dass in Justizsachen nur eine formelle Beschwerde beim Könige wegen Verzögerung oder Verweigerung der Rechtsgewährung zulässig sei.

Es kann aber auch jemand, ohne dass er persönlich berührt wäre, im Interesse der Gesamtheit oder einer Klasse der Bevölkerung die Beseitigung von Missständen oder die Vornahme von Verbesserungen irgend welcher Art vorschlagen wollen. Die absolute Monarchie und ihre Organe, so ablehnend sie sich gegen die öffentliche Meinung verhalten, sind für solche Anregungen, selbst wenn sie von einer bisher ganz unbekannten Privatperson kommen, äusserst zugänglich und empfänglich. Aber der Einzelne hat, da eine öffentliche Meinung nicht besteht oder wenigstens amtlich nicht als berechtigt anerkannt wird, wiederum nur das Mittel, sich an einen der beiden Faktoren des Staatsorganismus, den König oder die Behörden, zu wenden. Suchte jemand wirklich die eben entstehende öffentliche Meinung zu interessieren, so war das jedenfalls keine wohlgesinnte Persönlichkeit, der es nur um die Sache und nicht um die Aufrührung von Skandal zu thun war. Denn ein solches Vorgehen nützte gar nichts, es passte in die bestehende Ordnung nicht hinein und erregte nur

Anstoss. Der damalige kurmärkische Kammersekretär Wöhner sagt daher in der Vorrede zu dem 1804 erschienenen ersten Bande seines Werkes über die Steuerverfassung der Mark Brandenburg: „Die, bei bestehenden Landeseinrichtungen, zu machenden Verbesserungen und Abänderungen durch Abstellung vorhandener Missbräuche und Mängel, sind Sache der hohen Landeskollegien. Meines Dafürhaltens müssen daher auch darauf Bezug habende Vorschläge und Gutachten nur bei diesen und nicht öffentlich vorgetragen werden. In dieser Ueberzeugung habe ich mich in meiner Schrift aller Urtheile über die dargestellten Gegenstände enthalten, und mit Sorgfalt alles vermieden, was meine Absicht bei Herausgabe dieser Sammlung der Gefahr der Missdeutung aussetzen könnte". Das war der gute Beamte und Unterthan, wie er sein sollte, er wurde denn auch schon im folgenden Jahre Kriegsrat.

Dieser Rechtszustand der absoluten Monarchie wird nun durchbrochen dadurch, dass zunächst in den deutschen Mittelstaaten unmittelbar nach Begründung des deutschen Bundes die Kammern als anerkanntes Organ der öffentlichen Meinung und der einzelnen gesellschaftlichen Bestrebungen in den geschichtlich überkommenen Staatsorganismus eingeschoben werden.

Die älteren Verfassungsurkunden, so die bayrische und badische von 1818, die württembergische von 1819, die sächsische von 1830 schweigen nun über das Petitionsrecht vollständig. Das hatte zunächst die Bedeutung, dass an dem bisher bestehenden Zustande nichts geändert sei. In Bayern bestimmte daher Art. 54 der Geschäftsordnung der Kammer der Abgeordneten von 1831, Eingaben an die Kammer, die keine Beschwerden über die Verletzung konstitutioneller Rechte enthielten, sollten zu den Akten gelegt werden. Später hielt man das Petitionsrecht für selbstverständlich[3]. Der Wandel der Anschauungen

[3] Pözl, Bayrisches Verfassungsrecht (4. Aufl.), München 1870, S. 81.

ist leicht erklärlich. Je mehr nach den Ideen des Rechtsstaates die Staatsthätigkeit gesetzlich geregelt wurde, je stärker brach sich der Gedanke Bahn, dass die Staatsangehörigen alles das thun dürften, was ihnen nicht gesetzlich verboten sei. Gesetzliche Verbote, beim Landtage Petitionen einzureichen, bestanden nicht, folglich wird das Petitionsrecht auch ohne verfassungsmässige Grundlage „selbstverständlich". Das gilt sowohl für Bayern wie die anderen Mittelstaaten.

Abgesehen von der vereinzelten Erscheinung der sachsen-weimarischen Verfassung von 1816 § 110 erkennen denn auch erst nach 1830 die deutschen Verfassungsurkunden ein Petitionsrecht ausdrücklich an und beseitigen damit die bisher etwa vorhandenen Beschränkungen. Hierher gehört die kurhessische Verfassung von 1831 § 35, die sachsen-altenburgische von 1831 § 66, die hannöversche von 1833 § 39, die braunschweigische Landschaftsordnung von 1832 § 38. Der Gegensatz zu den Zuständen der absoluten Monarchie ist damit in bewusster Weise zum Ausdrucke gelangt.

Eigentümlich war die Entwicklung in Preussen.

Durch das Gesetz vom 5. Juni 1823 war den Provinzialständen die Befugnis beigelegt, Bitten und Beschwerden, welche auf das spezielle Wohl und Interesse der ganzen Provinz oder eines Teiles derselben Bezug hätten, an den König gelangen zu lassen. Die Petition konnte auch ausserhalb des Landtages entstanden sein. Da er jedoch keine eigene Verfügungsbefugnis hatte, konnte er, wenn er sich der Petition annahm, sie nur an den König gelangen lassen. Beschränkt war dieses Petitionsrecht insofern, als es sich nicht auf allgemeine Staatsangelegenheiten, wie z. B. den Erlass einer Verfassung, sondern nur auf Provinzialangelegenheiten erstreckte.

Dagegen enthielt das Patent vom 3. Febr. 1847 § 20 über den Vereinigten Landtag die ausdrückliche Bestimmung, dass Bitten und Beschwerden bei dem Vereinigten Landtage von

anderen als Mitgliedern desselben weder angebracht noch zugelassen werden dürften. Wohl aber durften nach § 13 Bitten und Beschwerden über innere Angelegenheiten des ganzen Staates oder mehrerer Provinzen vom Vereinigten Landtage dem Könige vorgelegt werden. Es hing diese Beschränkung zusammen mit der in der Thronrede zum Ausdrucke gelangten Auffassung, dass der Vereinigte Landtag Vertreter und Wahrer der eigenen Rechte der Stände sei, dass es aber nicht seine Aufgabe bilde, Meinungen zu repräsentieren, Zeit- und Schulmeinungen zur Geltung bringen zu sollen. Die politische Natur des Petitionsrechtes als eines Machtmittels der öffentlichen Meinung war hier richtig erkannt, und eben, weil der Vereinigte Landtag nicht eine Vertretung der öffentlichen Meinung sein sollte, wurde das Petitionsrecht beschnitten.

Nicht nur nach dem Zustande der Verwaltung unter der absoluten Monarchie, sondern auch nach dem Verfassungsrechte des Vereinigten Landtages hatte man daher in Preussen beim Erlasse der Verfassungsurkunde allen Anlass, das Petitionsrecht ausdrücklich zu gewährleisten, um die bisherigen Rechtsschranken aus der Welt zu schaffen.

Die Befugnis der Beschwerde und Bitte in persönlichen und allgemeinen Angelegenheiten war bisher nur bei den Behörden und dem Könige gegeben gewesen. Andere Bitten waren, abgesehen von den vereinzelten Bestimmungen der Verordnungen von 1815 und 1847, nicht ausdrücklich verboten, aber einfach aus dem Grunde, weil die Verwaltung für ihre Anordnungen überhaupt keine Rechtsgrundlage bedurfte, sondern alle Gebote und Verbote erlassen konnte, die ihr nicht ausdrücklich untersagt waren. Die Beschwerde und Bitte beim Monarchen verlor nun in dem konstitutionellen Staate, wo er nur unter Verantwortlichkeit und Gegenzeichnung eines Ministers Anordnungen treffen konnte, wesentlich an Bedeutung. Man musste auch den Weg der Bitte bei dem nunmehr anerkannten Organe der öffent-

lichen Meinung und der verschiedenen Interessen, den Kammern, eröffnen. Da die in den konstitutionellen Staat unverändert hinübergenommene Verwaltung der absoluten Monarchie diesen Weg der Bitte rechtlich hätte hindern können und voraussichtlich auch gehindert hätte, so war hier der Verwaltung eine Schranke zu ziehen.

Die preussische Verfassungsurkunde bestimmt demnach in Art. 32: „Das Petitionsrecht steht allen Preussen zu. Petitionen unter einem Gesamtnamen sind nur Behörden und Korporationen gestattet.“ Eine weitere Beschränkung folgt in Art. 81, wonach niemand den Kammern oder einer von ihnen in Person eine Bittschrift oder Adresse überreichen darf.

Das verfassungsmässige Petitionsrecht hat hiernach eine doppelte Bedeutung.

Negativ beseitigt es die bisher bestehenden Beschränkungen in der Bethätigung der menschlichen Fähigkeit zu bitten und erklärt die Aufstellung neuer Beschränkungen für verfassungswidrig, d. h. macht sie vom Erlasse eines formellen Verfassungsgesetzes abhängig.

Positiv sind bei Aufstellung des Petitionsrechtes auch dessen Schranken gezogen. Diese sind aber meist Lex imperfecta. Das gilt namentlich von denen, welche Art. 32 preuss. Verf.-U. enthält. Das Petitionsrecht ist allen Preussen eingeräumt, aber, da auch Fremden nicht verboten ist zu bitten, so wird die Beschränkung des Petitionsrechtes auf die eigenen Staatsangehörigen hinfällig. Ferner dürfen nur Behörden oder Korporationen unter einem Gesamtnamen petitionieren. Aber wenn eine Petition „der Einwohner von Schilda“ oder „des Vereins Frauenwohl“ bei einer Behörde oder einem Hause des Landtages einginge, so wäre sie eben da, — diese Thatsache liesse sich nicht aus der Welt schaffen. Dass sich die Volksvertretung mit den nicht unter dem Schutze des Art. 32 stehenden Petitionen beschäftigt, ist ihr nirgends verboten. Ebenso wenig braucht sie aber andererseits

den verfassungsmässig zulässigen Petitionen irgend welche Folge zu geben. Die Beschränkungen des Art. 32 sind daher bedeutungslos[4].

Die staatsrechtliche Inhaltslosigkeit des Petitionsrechtes lässt es erklärlich erscheinen, dass man ohne jede Grundlage in der Reichsverfassung auch Petitionen an den Reichstag stets für zulässig erachtet hat. Es bestehen eben keinerlei rechtliche Schranken von Reichs wegen, und das Landesrecht darf keine ziehen.

Gerade weil das Petitionsrecht des Rechtscharakters entbehrt und nur eine Aeusserung persönlicher Willensfreiheit ist, unterliegt es aber allen denjenigen Schranken, die jener gezogen sind. Das sind keine besonderen Beschränkungen des Petitionsrechtes, die Verfassungsurkunden erwähnen deshalb auch nichts davon, aber eine Einwirkung auf das Petitionsrecht findet statt.

Dass zunächst Petitionen wegen Verletzung individueller Interessen da unzulässig sind, wo zu ihrer Verfolgung ein förmlicher Rechtsweg eröffnet ist, ergiebt sich schon aus der verfassungsmässig gewährleisteten Unabhängigkeit der Rechtspflege. Aber auch abgesehen davon wird sich wenigstens die Volksvertretung mit Beschwerden einzelner so lange nicht beschäftigen können, als nicht der Instanzenzug der Behörden erschöpft ist, und noch die Möglichkeit vorliegt, dass durch die Verwaltung selbst Abhilfe geschaffen wird. Die beiden Häuser des preussischen Landtages haben daher stets den Grundsatz verfolgt, sich mit Beschwerden nicht zu befassen, bezüglich deren der Instanzenzug noch nicht erschöpft ist[5]. Es bleibt freilich jedem unbenommen, im Widerspruche mit diesem Grundsatze Petitionen einzureichen, aber es hat dann eben weiter keinen Zweck.

Aber auch inhaltlich ist das Petitionsrecht an die Schranken

---

[4] Vgl. Bornhak, Preussisches Staatsrecht Bd. I S. 429.

[5] Vgl. v. Rönne, Preussisches Staatsrecht (3. Aufl.) Bd. 1b S. 196.

der freien Meinungsäusserung überhaupt gebunden. Ist es im allgemeinen Zweck der Grundrechte, die individuelle Freiheit gegen Willkür der Verwaltung zu schützen, so hat die allgemeine Rechtsordnung vor den Grundrechten nicht zurückzuweichen, sondern bildet ihre notwendige Ergänzung.

Die Rechtsschranken der in der Petitionsfreiheit enthaltenen Freiheit der Meinungsäusserung sind zunächst strafrechtlicher Natur. Dass strafbare Handlungen, welche in Bethätigung der freien Meinungsäusserung begangen werden, der strafgerichtlichen Verfolgung unterliegen, spricht für Preussen Art. 28 Verf.-U. ausdrücklich aus, ergiebt sich übrigens jetzt auch aus dem reichsrechtlichen Charakter der Strafgesetze, wodurch etwa widersprechendes Landesrecht aufgehoben ist. Man kann nicht einmal behaupten, das Petitionsrecht bedeute, dass der es Ausübende sich auf § 193 Str.-G.-B. (Wahrnehmung berechtigter Interessen) berufen dürfe[6]. Die Auslegung der reichsrechtlichen Norm des § 193 Str.-G.-B. ist allein von der richterlichen Entscheidung abhängig und kann nicht durch ergänzendes Landesrecht erfolgen. Da übrigens der Gegenstand der Petitionen nicht beschränkt ist, können in ihnen auch sehr unberechtigte Interessen vertreten werden. Ebenso wenig wie die Bethätigung der freien Meinungsäusserung überhaupt, die gleichfalls verfassungsmässig gewährleistet ist, stempelt die Ausübung des Petitionsrechtes jede Aeusserung zu einer Wahrnehmung berechtigter Interessen. Hierüber kann immer nur das richterliche Ermessen im einzelnen Falle entscheiden.

Besonderen Beschränkungen unterliegt ferner die Freiheit der Meinungsäusserung und damit auch das Petitionsrecht für die Beamten.

Unverwehrt bleibt es allerdings auch dem Beamten, Be-

---

[6] So Arndt, Die Verfassungs-Urkunde für den preussischen Staat zu Art. 32.

schwerden über Verletzung seiner individuellen Interessen, selbst wenn diese sich auf das Amts- oder Dienstverhältnis beziehen, im Instanzenzuge und zuletzt bei der Volksvertretung geltend zu machen.

Dagegen werden Petitionen, die nicht individuelle Interessen des Einzelnen betreffen, sofort einen politischen Charakter annehmen müssen. Sie sind ein an sich berechtigtes Mittel der politischen Agitation, um durch die Wucht der in der Petition zum Ausdruck gelangten öffentlichen Meinung Eindruck auf Regierung und Volksvertretung zu machen.

Wenn nun auch dem Beamten, anders als in den parlamentarischen Staaten, die Bethätigung einer politischen Gesinnung, welche von derjenigen der Regierung abweicht, in Deutschland nicht versagt werden kann, so unterliegt diese Freiheit doch Beschränkungen, welche sich aus dem Wesen des Staatsdienstes ergeben. So verlangt insbesondere für Preussen der Allerhöchste Erlass an das Staatsministerium vom 4. Jan. 1882 betreffend die Beteiligung der Beamten an den Wahlen von allen Beamten im Hinblick auf ihren Eid der Treue Fernhaltung von jeder Agitation gegen die Regierung des Königs auch bei den Wahlen, von den sog. politischen Beamten ausserdem positive Unterstützung und Vertretung der Regierungspolitik bei ihnen. Aber auch abgesehen von den Wahlen enthält jede Beteiligung der Beamten an öffentlichen Demonstrationen und Agitationen gegen die Regierung, wodurch im Publikum Missstimmung und Widerstreben gegen die Durchführung der beabsichtigten Regierungsmassregeln erweckt werden soll, eine Verletzung der Dienstpflichten des Beamten. Das frühere Obertribunal hat diese Auffassung stetig in seiner Rechtsprechung vertreten, so namentlich in den Entscheidungen vom 14. Sept. 1863, 3. Okt. 1864 und 6. Nov. 1865[7]. Die

---

[7] Vgl. Oppenhoff, Rechtsprechung Bd. IV S. 38, Bd. V S. 150, Bd. VI S. 441.

gleiche Ansicht spricht das Oberverwaltungsgericht bezüglich der mittelbaren Staatsbeamten, selbst wenn sie unbesoldet sein sollten, in den Entscheidungen vom 28. Dez. 1886 und 11. Jan. 1888[6] aus.

Mögen Petitionen ein an sich berechtigtes Mittel der Agitation gegen Massregeln und Absichten der Regierung bilden, so ist doch den Beamten die Beteiligung an solchen Petitionen als unvereinbar mit ihrem Dienstverhältnisse versagt und würde im Disziplinarwege verfolgt werden können. Ob eine Petition den Charakter politischer Agitation gegen die Regierung an sich trägt, lässt sich jedoch nicht allgemein, sondern immer nur nach Lage des einzelnen Falles entscheiden. Doch wird man in Petitionen beim Landtage gegen gesetzgeberische Anträge der Regierung regelmässig eine solche politische Agitation sehen können und müssen.

Auch andere Petitionen der Beamten können wegen ihrer Form zu beanstanden sein. Nicht ohne weiteres gehören hierher die Petitionen von Beamten um Erhöhung von Gehalt und Rang, wie sie jetzt vielfach üblich geworden sind. Solche Petitionen sind an sich eine blosse Taktlosigkeit. Sie bilden eine Folge mangelnden Standesbewusstseins und einer Auffassung des Staatsdienstes vom Standpunkte des gewöhnlichen Arbeiters, der in seinem Klasseninteresse sich für verpflichtet hält, sich zu organisieren und für dieses Interesse zu agitieren. Wohl aber können solche Petitionen einzelner Beamtenklassen durch die Art der Agitation oder durch die Form zu einer wirklichen Verletzung der Dienstpflicht werden.

Für die Behörden und Korporationen ergeben sich rechtliche Beschränkungen des Petitionsrechtes aus der Stellung der petitionierenden Personen.

Petitionen sind in Preussen Behörden und Korporationen

---

[6] Entscheidungen des O.-V.-G. Bd. XIV S. 404, Wochenschrift „Selbstverwaltung“ 1888 S. 83.

und zwar unter deren Gesamtnamen nicht verboten und stehen unter dem verfassungsmässigen Schutze des § 32, so dass sie auch im Verwaltungswege oder durch königliche Verordnung oder durch gewöhnliches Gesetz nicht verhindert werden können.

Im Gegensatze zu den einzelnen physischen Personen, die alles thun dürfen, was ihnen nicht verboten ist, haben nun aber die Behörden als die unmittelbaren oder mittelbaren Organe des Staates wie die Korporationen nur ein positiv rechtlich umgrenztes Gebiet ihrer Zuständigkeit, sie dürfen überhaupt nur thun, wozu sie zuständig sind. Diese Umgrenzung ist für die Behörden notwendig gegeben in den Rechtsnormen, welche ihre Zuständigkeit bestimmen, für die Korporationen liegt sie in der ihnen durch ihre Organisation, mag diese auf dem Gesetze oder einem Statute beruhen, angewiesenen Wirksamkeit. Handlungen einer Behörde, die ausserhalb deren Zuständigkeit, oder einer Korporation, die ausser deren rechtlicher Wirksamkeit liegen, bilden daher einen Widerspruch in sich selbst, sie sind gar nicht mehr Handlungen der Behörde oder Korporation, sondern ein juristisches Nichts.

Diese Erwägungen lagen schon bei Erlass der Verfassungsurkunde nicht fern. In dem Berichte der Revisionskommission[9] wird bemerkt, dass zu Art. 32 der Zusatz „nur innerhalb ihres Wirkungskreises“ beantragt, aber als „unausführbare Beschränkung“ des Petitionsrechtes abgelehnt sei. Wenn in einzelnen Fällen Behörden oder Korporationen die Grenzen ihres Wirkungskreises überschritten, so liege der Aufsichtsbehörde ob, sie in diese Grenzen zurückzuweisen. Die Regierung versuchte, die Folgerungen aus dieser Auffassung namentlich für die Gemeindevertretungen zu ziehen. In Uebereinstimmung mit der 1860[10] vom Abgeordnetenhause vertretenen Ansicht erklärte das Cirkularreskript vom 6. Juni 1863[11], dass den Gemeindevertretungen

---

[9] Verhandlungen der 2. Kammer 1849/50 S. 633.
[10] Stenogr. Bericht S. 898.
[11] Min.-Blatt der inneren Verwaltung 1863 S. 118.

nicht das Recht zustehe, Petitionen in betreff allgemeiner Staatsverfassungsangelegenheiten anzubringen. Dagegen sprach sich das Abgeordnetenhaus angesichts des Verfassungskonfliktes am 10. März 1865[12] im entgegengesetzten Sinne aus.

Für die Gemeinden ist in Preussen die Frage jetzt praktisch erledigt durch die Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichtes. Dieses hat den Rechtsgrundsatz entwickelt, dass Stadtverordnetenversammlungen an die Volksvertretung nur petitionieren dürften in Angelegenheiten, welche in der Besonderheit der Verhältnisse der örtlichen Gemeinschaft ihren Ausgangspunkt, in dem Schutze und der Förderung dieser Verhältnisse ihr Ziel haben. In diesem Sinne gehörten dergleichen Gegenstände für Petitionen zu den Gemeindeangelegenheiten. Dementsprechend wurde eine Petition der Stadtverordneten zu Stettin an den Reichstag gegen die Getreidezölle für erlaubt erachtet, weil diese Petition allerdings das besondere Interesse der See- und Handelsstadt vertrete[13]. Damit ist die grundsätzliche Umgrenzung des Petitionsrechtes der Gemeinden und ihrer Organe gegeben. Das Petitionsrecht wird anerkannt in den besonderen Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft, dagegen verneint in Angelegenheiten, die über diesen Kreis hinaus in das Gebiet der allgemeinen Politik fallen. Thatsächlich kann der Charakter einer Petition im einzelnen Falle zweifelhaft sein, die Rechtsfrage ist durch diese grundsätzliche Entscheidung zutreffend erledigt.

Von diesem Standpunkte aus hat die Aufsichtsbehörde beispielsweise verhindert Petitionen der kommunalen Organe zu Berlin um Vermehrung der Berliner Abgeordnetenmandate für Reichstag und Landtag, gegen die Umsturzvorlage.

Als gesetzliches Mittel der Repression gegenüber den Gemeinden und anderen Kommunalverbänden hat in Preussen die

---

[12] Stenogr. Bericht S. 408.

[13] Entscheidung des O.-V.-G. vom 10. März 1886 Bd. XIII S. 89.

Aufsichtsbehörde das Recht der Beanstandung aller Beschlüsse der kommunalen Organe wegen Ueberschreitung ihrer Befugnisse. Jeder Missbrauch seitens der Aufsichtsbehörde ist hier ausgeschlossen, da die kommunalen Organe gegen die Beanstandungsverfügung den Verwaltungsrechtsweg beschreiten können.

Desto grösseren Bedenken unterliegt das Beanstandungsrecht vom Gesichtspunkte seiner praktischen Wirksamkeit. Bei Petitionen, deren Beanstandung man fürchtet, wird man sich mit der Absendung besonders beeilen, um, wenn die Verfügung der Aufsichtsbehörde eingeht, bedauernd erwidern zu können, die Petition sei schon fort. Aber auch beanstandete Petitionen können noch abgeschickt werden. Die unmittelbaren oder mittelbaren Staatsbeamten, die sich bei der Absendung beteiligen, würden sich allerdings disziplinar verantwortlich machen. Für die Mitglieder der kommunalen Vertretung besteht jedoch eine solche disziplinare Verantwortlichkeit nicht. Ist aber die Petition einmal abgesandt, so liegt es nicht mehr in der Hand der staatlichen Aufsichtsbehörde, sondern des Empfängers, welche Folge ihr gegeben werden soll. Insbesondere hindert nichts die Volksvertretung oder deren Mitglieder, sich mit der betreffenden Petition, die ja in diesem Falle bloss politisches Agitationsmittel ist und sein soll, materiell zu beschäftigen.

Gerade weil das Beanstandungsrecht gegenüber der bereits beschlossenen Petition leicht praktisch versagt, hat man unzulässige Petitionen schon präventiv zu hindern versucht. Als z. B. in der Berliner Stadtverordnetenversammlung der Antrag gestellt war, sie solle um eine stärkere Vertretung der Stadt im Reichstage und Landtage petitionieren, verfügte der Oberpräsident die Absetzung dieses Punktes von der Tagesordnung, und der damalige Minister des Innern v. Puttkamer erklärte auf erhobene Beschwerde dieses vorherige Einschreiten für berechtigt. Die Beantwortung einer Anfrage des Abgeordneten Langerhans über die Angelegenheit im Abgeordnetenhause gelegentlich der Etats-

beratung wurde vom Minister aus formellen Gründen abgelehnt[14].

Anderen Korporationen gegenüber, deren Verfassung nicht gesetzlich geregelt ist, bleibt bei unzulässigen Petitionen nur das Verbot vermöge des formlosen staatlichen Aufsichtsrechtes. Diese Korporationen sind dann aber auch bei einer rechtswidrigen Geltendmachung des staatlichen Aufsichtsrechtes nicht durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit geschützt.

Andererseits war gerade gegenüber kommunalen Vertretungskörpern eine Beanstandung unzulässiger Petitionen und selbst ein präventives Einschreiten besonders erleichtert durch die Oeffentlichkeit der Verhandlungen und die vorhergehende Bekanntgabe der Tagesordnung. Wo diese Voraussetzungen fehlen, wird die Aufsichtsbehörde von einer Petition in der Regel erst nach deren Absendung erfahren. Das Verbot von Petitionen kann aber mit Rücksicht auf die verfassungsmässig garantierte Petitionsfreiheit nicht allgemein, sondern nur im einzelnen Falle wegen Ueberschreitung der Befugnisse erfolgen. Dies setzt aber natürlich die Kenntnis der Aufsichtsbehörde von dem Inhalte der beabsichtigten Petition voraus. Damit wird eine Verhinderung unzulässiger Petitionen in der Regel unmöglich. Im übrigen würde auch hier die Absendung einer ausnahmsweise rechtzeitig verbotenen Petition die disziplinare Verantwortlichkeit der Mitglieder der Behörde oder Korporation, soweit sie Beamte sind, zur Folge haben.

Mag nun auch, juristisch betrachtet, die Petition alle möglichen Bitten umfassen können, politisch tritt sie nur ins Leben, um die öffentliche Meinung zu interessieren. Dies gilt selbst dann, wenn sich jemand in seinen persönlichen Rechten oder Interessen verletzt glaubt und dagegen Abhilfe sucht in einer Petition. Gerade damit hängt der subsidiäre Charakter der

---

[14] Vgl. Stenogr. Bericht 1885 Bd. II S. 1035.

Petition, soweit sie sich gegen eine individuelle Beeinträchtigung richtet, im Gegensatze zu den förmlichen Rechtsmitteln wie der formlosen Verwaltungsbeschwerde zusammen. Nachdem alle anderen gesetzlichen Mittel erschöpft sind, soll die öffentliche Meinung gewonnen werden.

Im Gegensatze zur absoluten Monarchie, die alles für das Volk, nichts durch das Volk thun wollte, im Gegensatze zu dem Verfassungsexperimente des Vereinigten Landtages, das nur Rechte und Interessen einzelner Stände gelten liess, erkennt der moderne Staat die öffentliche Meinung an und sucht mit ihr zu rechnen. Das geht so weit, dass die Angelsachsen geradezu die öffentliche Meinung für den wahren Träger der staatlichen Souveränetät erklären[15], die Romanen die Idee des Gesellschaftsvertrages mit der fortdauernden Herrschaft der öffentlichen Meinung rechtfertigen[16]. Die öffentliche Meinung ist freilich keine Rechtsinstitution, sondern ein politischer Faktor. Aber sie verschafft sich Geltung in staatsrechtlichen Institutionen. Hierher gehört das Vereins- und Versammlungsrecht, die Pressfreiheit und das Petitionsrecht, die freilich alle aus politischen Kampfmitteln nur durch die ihnen gezogenen Rechtsschranken zu Rechtsinstitutionen werden. So verhält sich das Petitionsrecht zur öffentlichen Meinung wie das Mittel zum Zwecke.

Die Gewinnung der öffentlichen Meinung erfordert nun aber die breiteste Oeffentlichkeit. Damit bekommt das Petitionsrecht wieder von der politischen Seite einen charakteristischen Zug, der ihm bei der rein juristischen Betrachtungsweise fremd bleibt. Bitten kann man einen jeden, eine Behörde, den Monarchen persönlich. Dass solche Bitten, nach öffentlicher Agitation, mit

---

[15] Vgl. Ritchie, On the conception of sovereignty in den Annals of the American Academy of Political and Social Science, vol. I (Philadelphia 1890) S. 385 ff.

[16] Vgl. Vauthier, La science et l'Etat en Allemagne, Revue de l'université de Bruxelles 1897.

Massen von Unterschriften versehen, unter Umständen einen Ausdruck der öffentlichen Meinung selbst bilden, lässt sich nicht leugnen. Aber die öffentliche Meinung zu gewinnen kann eine Bitte nicht bezwecken, die ihre Erledigung im Kabinette des Monarchen, in den Akten einer Behörde findet. Die öffentliche Meinung für eine Petition, mag sie von einem oder von mehreren ausgehen, gewinnen kann man nur dadurch, dass man sich an ein Staatsorgan wendet, das selbst die öffentliche Meinung repräsentiert. Das ist die Volksvertretung. Obgleich es rechtlich ganz gleichgiltig ist, an wen die Petition gerichtet wird, erhalten eine politische Bedeutung nur die Petitionen, die sich an die Volksvertretung wenden.

Damit wendet man sich aber bittend an ein Staatsorgan, das seinerseits nie in der Lage ist, die Bitte zu erfüllen. Es ist das Charakteristische der Volksvertretung, dass sie niemals den Staatswillen selbständig zum Ausdrucke bringen, die Staatsgewalt selbst ausüben kann. Die Volksvertretung hat nur in den verfassungsmässig vorgesehenen Fällen durch Zustimmung oder Genehmigung bei Bildung des Staatswillens mitzuwirken, aber sie bringt ihn nicht selbst hervor. Zweck der Petition ist ein Thun oder Unterlassen der Staatsgewalt herbeizuführen. Die Volksvertretung kann nur ihrerseits wieder die Regierung bitten oder, da Bitten gegen ihre Würde verstösst, Petitionen der Regierung zur Berücksichtigung überweisen.

Weshalb denn nun aber überhaupt der Umweg? Weshalb wendet man sich an ein Organ, das seinerseits nichts anderes thun kann, als wieder die Regierung zu ersuchen, warum nicht lieber einfach an die Regierung unmittelbar? Es ist der Druck der öffentlichen Meinung, verkörpert in der Volksvertretung, die bei Befürwortung der Petition in den Dienst der Petenten gestellt wird.

Der Erfolg der Petition wird denn auch sehr verschieden sein, je nach der Widerstandsfähigkeit, welche die Regierung der öffentlichen Meinung gegenüber besitzt.

In den parlamentarischen Staaten ist die Selbständigkeit der Regierung beseitigt. Die Regierung ist nur ein Verwaltungsausschuss der jeweiligen Parlamentsmehrheit, in ihrer Stellung abhängig von deren fortdauerndem Vertrauen. Die Souveränetät der öffentlichen Meinung wird zur Rechtsinstitution in der Omnipotenz des Parlaments. Die Petition bei der Volksvertretung wird hier zur Bitte bei der der Regierung vorgesetzten Instanz. Wenn die Volksvertretung sich der Petition annimmt, so ist damit auch ihr Erfolg gesichert. Denn wenn auch nicht formell, so doch materiell ruht die höchste Staatsgewalt bei der Volksvertretung, sie regiert durch das parlamentarische Ministerium. Wünschen der jeweiligen Mehrheit kann sich daher das Ministerium nicht versagen, ohne seine eigene Stellung zu gefährden.

Anders in den Staaten mit selbständiger Regierung. Allerdings muss auch sie mit der öffentlichen Meinung rechnen, aber diese auch mit der starken Regierungsgewalt. Es ist ein wechselseitiger Modus vivendi, nicht die absolute Unterwerfung der Regierung unter die Souveränetät der öffentlichen Meinung. Unter diesen Umständen ist der Petition, auch wenn sie von der Volksvertretung befürwortet wird, ein Erfolg noch keineswegs gesichert. Es kommt immer im einzelnen Falle darauf an, welches Schicksal die Regierung der Petition zu teil werden lassen will, nachdem sie die gewichtige Befürwortung der Volksvertretung erhalten hat.

Nach dem älteren deutschen Verfassungsrechte aus den ersten Jahrzehnten des 19. Jahrhunderts wurde schliesslich vielfach der Volksvertretung selbst ein Petitionsrecht gegenüber dem Könige und seiner Regierung beigelegt. Es war das besonders deshalb von Bedeutung, weil einige ältere Verfassungsurkunden in missverständlicher Auffassung des monarchischen Gesetzgebungsrechtes der Volksvertretung das Recht der gesetzgeberischen Initiative absprachen. Es blieb also, wenn die Kammern eine Gesetzesvorlage wünschten, ihnen kein anderes Mittel, als

den Monarchen um Einbringung einer solchen zu bitten. Das neuere Verfassungsrecht giebt der Volksvertretung allgemein das Recht der Initiative und damit gewinnen die früheren Bitten, soweit es sich um das Gebiet der Gesetzgebung handelt, die Form von Anträgen. Auch im übrigen erschien es der Stellung der Volksvertretung als eines der Regierung gleichgeordneten Faktors nicht zu entsprechen, sie der Regierung gegenüber als Bittende erscheinen zu lassen. Das neuere Verfassungsrecht vermeidet es daher, von einem Petitionsrechte der Volksvertretung zu sprechen. So kennen preussische wie Reichsverfassung ein solches nicht mehr.

Die öffentlich-rechtliche Natur des neuen deutschen Vormundschaftsrechtes.

Von

Amtsrichter Dr. Glaessing in Offenbach a. Main.

II.

Die allein entscheidende, den inneren Kern dieser Abhandlung bildende Frage: Darf für das neue Recht der Gegenwart trotz des individuellen Interesses ein öffentlich-rechtliches Verhältnis im Gebiete der Vormundschaft als letzter Grund der zwingenden Ordnung angenommen werden, liegen nicht lediglich Privatinteressen in zwingender Rechtsform vor? wird an der Hand der folgenden Einzeluntersuchungen eine Vertiefung erfahren insbesondere auch im Hinblick auf das „Sozialrecht" und dessen Stellung zwischen Privat- und öffentlichem Recht. Es bedarf wohl keiner Ausführung, dass der rein wissenschaftliche Charakter dieser nunmehr dem positiven Gesetzesinhalt gewidmeten Untersuchung in keinem Zusammenhange steht mit der durch die Annahme des Bürgerlichen Gesetzbuchs entschiedenen Frage der Zuständigkeit des Reichs. Die im Gebiete der Vormundschaft im wesentlichen und abgesehen von der landesrechtlichen Organisation und dem partikularen Vollstreckungszwange glücklich errungene Rechtseinheit ist nur freudig anzuerkennen, auch juristisch und verfassungsrechtlich haltbar vom Standpunkte

der Auffassung, welche auf die Förderung privater Interessen und die äussere Stellung des Vormundes im bürgerlichen Verkehre das Hauptgewicht legen zu sollen glaubte. Die jetzt erhobene Frage betrifft nur die Berechtigung einer anderen wissenschaftlichen Auffassung in der Gegenwart auf Grund des zum Gesetz erhobenen Inhalts der Materie. Wenn ENDEMANN (Lehrbuch, 6. Aufl., Einleitung § 7 S. 30) bemerkt: „Mit Sicherheit lässt sich das eine sagen, die Materien, die im Bürgerlichen Gesetzbuch behandelt sind, und dafür sind auch die Ueberschriften der Abschnitte wertvolle Merksteine, sind bürgerliches Recht und unterstehen den Civilgerichten" und damit ausdrücklich ein Urteil über den Charakter des Inhalts giebt, so wird die „Sicherheit" dieses Urteils alsbald zerstört mit der Nachgabe zu § 147 Bd. II, Teil II S. 582 Anm. 1: „Die Abgrenzung der Kompetenz darf aber die Thatsache nicht verdecken, dass in dem ‚bürgerlichen' Familienrecht auch öffentlich-rechtliche und religiöse Normen enthalten sind, die eine wesentlich verschiedene Beurteilung erheischen und den Charakter des Familienrechtes eigenartig bestimmen." Er übersieht auch, dass die Angelegenheiten des materiellen Vormundschaftsrechtes nach E.-G. z. B. G.-B. Art. 147 von nicht richterlichen Behörden erledigt werden können, dass hier für die erste Instanz jede reichsrechtlichen Garantien ausgeschlossen, insbesondere bindende Anweisungen über die Jurisdiktion erteilt werden können. Auch der wissenschaftlich hochstehende Kommentar von Dr. J. STRANZ und GERHARD zum preuss. A.-G. z. B. G.-B., Berlin 1900 bei Liebmann, S. 20, schliesst sich der Autorität ENDEMANN's an, giebt jedoch folgenden Erklärungsversuch: „Das B. G.-B. hat nämlich aus besonderen Gründen, über den ihm gezogenen Kreis hinausgreifend, Vorschriften aufgenommen, welche dem öffentlichen Rechte angehören (Mot. E.-G. S. 146), und sie dadurch gewissermassen zu bürgerlichen umgewandelt" (z. B. in den §§ 31, 43, 44, 80, 89, 795, 839, 1317ff., 1773ff. über die

Vormundschaft u. s. w.). Die herrschende privatrechtliche Auffassung scheint sich dieser ohne Angabe von Gründen aufgestellten Behauptung anzuschliessen, auch in der Praxis hört man nicht selten die Ansicht, nunmehr sei glücklich die jetzt aufgestellte Frage des öffentlichen Rechtes eine akademische Doktorfrage. Ja man hält die ewigen Untersuchungen sogar für ein Unrecht, so sagt Oberfinanzrat WAHLE in diesem Archiv Bd. XIV S. 469: „Die herrschende Ansicht kann sich unberechtigterweise von der Idee nicht losmachen, als ob alle Rechtsvorschriften unbedingt in eine der beiden grossen Gruppen (Privat- und öffentliches Recht) untergebracht werden müssten, als ob es ein auf einer unlöslichen Verbindung beider beruhendes Drittes nicht geben könne.“ Doch gerade hier zeigt sich bei der Unmöglichkeit, durch Anerkennung dieser goldenen Mittelstrasse Resultate im Rechtsleben zu gewinnen, die grosse praktische Bedeutung dieser Abhandlung. Noch jüngst hat man in der Deutschen Juristenzeitung No. 23, V. Jahrg. vom 1. Dez. 1900 die Frage aufgeworfen, ob § 54 A. L.-R. II, 1, wonach die Vormünder ihren Konsens zur Eheschliessung ihrer Mündel nicht ohne gerichtliche Genehmigung erteilen dürfen, durch Art. 89 preuss. A.-G. z. B. G.-B., Art. 55 E.-G. z. B. G.-B. beseitigt sei. Die fortdauernde Geltung dieser landesrechtlichen vormundschaftlichen Bestimmung wird bejaht, da die Vorschriften des A. L.-R. nach Art. 89 preuss. A.-G. nur insoweit aufgehoben sind, als sie sich nicht auf öffentliches Recht beziehen und Art. 54 A. L.-R. nach PUCHTA, Pandekten § 331 und A. L.-R. §§ 1, 2, 3, I 18 öffentliches Recht enthalte. Die rechtlich nicht einwandsfreie Stellung des Kodifikationsprinzips im Gebiete der Vormundschaft tritt in seiner praktischen Bedeutung hervor, wenn die u. a. von NIEDNER, Komm. z. E.-G. z. B. G.-B., vertretene Ansicht richtig ist, wonach nur die entgegenstehenden Vorschriften des Landesrechtes nach Art. 55 E.-G. z. B. G.-B. verdrängt sind, dagegen ergänzende Vorschriften noch gelten·

Erwägt man endlich, dass der Instanzenzug des Beschwerderechtes in Vormundschaftssachen bei dem spröden und unvollständigen Charakter des Ges. vom 17. Mai 1898 von den nicht leichten Fragen der reichs- und landesrechtlichen Organisation des Staatsrechtes (s. im einzelnen JASTROW bei seiner eingehenden Würdigung des Kommentars von DORNER, Zeitschrift für deutschen Civilprozess Bd. XXV S. 514ff.) abhängt, dass die Judikatur vor die Frage des Rechtsweges gegen obervormundschaftliche Akte bei der bestrittenen Gültigkeit des sehr ausgedehnten landesrechtlichen Vollstreckungszwanges sich gestellt sieht, so dürfte die Berechtigung der aufgestellten Fragen nicht abzuweisen sein. Es kommt hinzu, dass selbst die glänzende Vertretung des Antrags LASKER im Reichstage (Stenogr. Ber. über die Reichstagsverhandl. 1. Legislaturp. IV. Session 1873 Bd. I S. 167—182 u. 211), welcher zur Abänderung der Reichsverfassung und Begründung der Zuständigkeit des Reichs für „das gesamte bürgerliche Recht" führte, in keiner Weise zu Gunsten einer bestimmten Stellung verwertbar ist, der moderne Staat mit der Centralisation einer allumfassenden, zu Gunsten von individuellen Interessen eintretenden Staatsgewalt trat erst in dem Entwickelungsgang der unmittelbaren Vorarbeiten zum B. G.-B. in vollem Umfange hervor. Die hiernach notwendige und in der That in grossen Zügen erreichte Ausgestaltung des neuen Rechtes muss von der Theorie mit Freude um so mehr anerkannt werden, als der Gesetzgeber, in praktischem Sinne auf die glänzende Aussenseite der römischen Technik verzichtend und in Anerkennung der Kritik von vornherein die Lust zu angeblich umfassenden Definitionen aufgebend, in die Probleme des Lebens ohne Rücksicht auf theoretische Fesseln insbesondere im Gebiete der Vormundschaft eintrat, auch in anderen Gebieten in den Machtbereich seiner „bürgerlichen" Ordnung schliesslich die in dem 1. Entwurf nicht geregelten Materien des Vereinsrechtes und internationalen Privatrechtes trotz ihres von Autoritäten der

Wissenschaft vertretenen öffentlich-rechtlichen Charakters einbezog. So ist gerade jetzt die Theorie auf die Fühlung mit dem Leben verwiesen und wird ihren Einfluss auf den Parlamentarismus erst dann wiedergewinnen, wenn mit der Beschränkung auf den positiven Inhalt des Rechtes enge, andauernde Beziehungen gepflegt werden[43].

Die Art des Inhaltes unserer Materie zeigt nun auch in anderer Hinsicht die von theoretischen Schranken losgelöste freie Auffassung des Gesetzgebers. Die in der Vormundschaft angeführten Voraussetzungen staatlicher Schutzpflicht betreffen nicht in erster Linie die Regelung des privatrechtlichen Verkehrs des Pflegebefohlenen, sondern teilen den juristischen Charakter eines Ausführungsrechtes insoweit, als sie den Umfang staatlicher Verwaltungsthätigkeit, die Abgrenzung der obervormundschaftlichen Verrichtungen, die Verteilung der Arbeit unter die einzelnen Organe der staatlichen Fürsorge in ihrem internen Verhältnisse zu dem Pflegebefohlenen normieren und sich so in die denkbar engsten Beziehungen zu den Zuständigkeitsnormen des eigenen Ausführungsrechtes der weiteren reichs- und landesrechtlichen Materien setzen. Das B. G.-B. enthält aber auch reine Verfahrensvorschriften, so u. a. über die Anhörung von Auskunftspersonen nach §§ 1673 [3], 1847; ferner nach §§ 1791, 1878 Abs. 2, wie andererseits das Ausführungsrecht des Ges. vom 17. Mai 1898 materielles Recht von der grössten Bedeutung u. a. in § 32 c. l. umfasst. Abgesehen von diesem formellrechtlichen Gesichtspunkte, zeigt die zum Gesetz erhobene Art der Erfassung staatlichen Rechtsschutzes in einleuchtender Weise, wie weit der Gesetzgeber entfernt war, die zur Zeit vorherrschende Auf-

---

[43] Vgl. Schwering, Das römische Recht, das deutsche Recht und das Bürgerliche Gesetzbuch, bei Bachem, Köln 1900, S. 179: „Dass der Hasenparagraph in den Verhandlungen des Reichstags einen breiteren Raum einnehmen konnte als die Stellung der Wissenschaft zur Kodifikation, ist in dieser Hinsicht ein lehrreiches Zeichen der Zeit.“

fassung des modernen Staates privatrechtlichen Gesichtspunkten unterzuordnen, wie er vielmehr jeden Versuch aufgegeben hat, eine den Anforderungen der Gegenwart entsprechende Vormundschaftsordnung in ihren Grundzügen dem Pandektensystem des Privatrechtes, insbesondere dem Obligationenrecht als „dem Nervensystem des Privatrechtes“ anzupassen. So herrscht auch heute die Centralisation der Staatsgewalt in einem Gebiete, in dem naturgemäss der Familie das Vorrecht gebührt. Diese Ausmerzung der familienrechtlichen Elemente kennzeichnet sich in der Anlehnung an das preuss. Landrecht, in der Beseitigung des nach § 71 der preuss. V.-O. obligatorischen Familienrates, in der Entfernung der gesetzlichen Vormundschaft der Eltern und des Vaters der unehelichen Mutter und nicht zum geringsten Teil in einer auffallenden Abschwächung des Elternrechtes insbesondere im Gebiete der väterlichen Gewalt, zu deren Erschütterung im Wege einer kaum angemessenen, namentlich im Entwurf I § 1503 zum Ausdruck gebrachten staatlichen Aufsicht selbst die Gutachten aus dem Anwaltsstande (Heft 6 S. 419, 421, 428—29, 444 FULD) im Sinne einer weiteren Zurücksetzung der väterlichen Rechte aufgefordert hatten. Ist hiernach die Vormundschaft ein Gebilde der Staatshoheit, so wird die Sicherheit dieses privilegiert staatlichen Schöpfungsaktes auch in einer selbst dem öffentlichen A. L.-R. unbekannten und mit den Anforderungen der Gegenwart übereinstimmenden Weise geschützt. Die grosse Erweiterung der Fälle der Genehmigungspflicht des Gegen- und Obervormundes, die scharfe Steigerung der staatlichen Aufsicht, die dementsprechende Erhöhung der Verantwortung der vormundschaftlichen Organe und der ausgedehnte Zwang in der ganzen neurechtlichen öffentlichen Verwaltung haben nicht nur in Süddeutschland, sondern auch im Gebiete der preuss. Vormundschaftsordnung von 1875 tief einschneidende Neuerungen gebracht, so dass der stimmungsvolle Ausruf eines preussischen Praktikers in der Deutschen Juristenzeitung

Jahrg. V, No. 22 S. 476 wohl begreiflich ist: „Ich resumiere: Als richterlicher Auszügler, wenn er als solcher überhaupt je in grauer Vorzeit und an manchen Orten gelebt haben sollte, lebt der Vormundschafts- und Nachlassrichter seit Neujahr 1900 nicht mehr auf.“ Hatte man einmal neuen Anschauungen volles Gehör geschenkt, so zeigt auch der Entwickelungsgang der Vorarbeiten eine konsequente Ausbildung der modernen Ideen, welche man noch in dem Entwurf I mit Rücksicht auf theoretische, den Umfang des öffentlichen Rechtes betreffenden Bedenken nicht für zulässig hielt. So ist im Gegensatze zu § 1546 Entwurf I bereits in 2. Lesung § 1557 [2] die jetzt in § 1666 [2] enthaltene Vorschrift zur Annahme gelangt, dass selbst die Entziehung des Vermögensrechtes der Nutzniessung zum Nachteil des pflichtwidrigen Vaters durch staatlichen Eingriff zulässig sei. Die hinsichtlich des Mobiliarvermögens eigentumsgleiche Stellung des Inhabers der elterlichen Gewalt ist hiernach zum Gegenstande eines staatlichen Enteignungsrechtes gemacht. Die nach § 1838 selbst gegen Protest des Vormundes mögliche Art einer Zwangserziehung ist auch im Gebiete des Elternrechtes durchgesetzt. Und während es der Entwurf I nach den Motiven IV S. 1061 noch nicht für zulässig hielt, in Anlehnung an die preuss. V.-O. auf das religiöse Bekenntnis des Mündels Rücksicht zu nehmen, hat der Bundesrat die Betonung der Religion in § 1779 hinzugefügt, auch ist auf andere rein öffentlich-rechtliche Beziehungen der Schutz „der Person“, so u. a. bei der Frage der Staatsangehörigkeit, ausdrücklich ausgedehnt. Sind hierbei die Arbeiten und Kritiken von Bähr, Gierke und Dernburg, welch letzterer stets die ethischen Grundlagen und die Anpassung der Rechtsmaterie an die Ansprüche des Lebens sowie an diejenigen der Gesamtanschauung der Gegenwart betonte, von unverkennbarem Einflusse gewesen, so hat andererseits der auf die Praxis gerichtete Blick des Gesetzgebers die Sicherheit der staatlichen Schutzidee vermöge einer weitgehenden Rechtsschutzorganisation

festgelegt. Letztere enthält nicht sowohl die ausdrückliche Versagung jeder gesetzlichen Anerkennung von entgegenstehenden Rechtsakten, als auch eine eigene mit den äussersten landesrechtlichen Machtmitteln des Staates der Gegenwart geschützte vollziehende Gewalt. Diese in den internen Verhältnissen des vormundschaftlichen Verbandes bedeutungsvollen Fragen treten bereits bei dem Schöpfungsakte des vormundschaftlichen Amtes hervor.

Das neue Recht hat die Art der Begründung des Amtes in § 1789 geregelt und mit der hierdurch eingeführten staatlichen Bestellung einen einseitigen obrigkeitlichen Akt von reiner staatsrechtlichen Bedeutung ins Leben gerufen. Allerdings hat die privatrechtliche Theorie in dem begreiflichen Streben, ihre gerade an dieser Stelle gefährdete Position zu stützen, sich alsbald an die Worte der Motive geklammert, wonach der Vormund bewusst und freiwillig das Amt in diesem Akte übernehme. Auch wird darauf hingewiesen, dass nach den Protokollen der 2. Lesung Bd. IV S. 829 bei Guttentag die Bestellung „einem Rechtsgeschäft nahestehe", selbst ENDEMANN meint S. 926 des Familienrechts 5. Aufl. zu § 215 Anm. 4: „§ 1780 bringt die Vertragsnatur der Bestellung zum Ausdruck und zur Geltung". Schliesslich haben andere Schriftsteller noch betonen zu müssen geglaubt, dass eine Zwangspflicht zur Uebernahme gar nicht bestehe, wenn man nur das Maximum der zulässigen Ordnungsstrafen bezahle. Abgesehen davon, dass letzteres Argument denselben Werth hat, wie die Behauptung, dass jeder einen Diebstahl begehen könne, der sich nur dafür einsetzen lasse, muss doch die Betonung auf die Worte „formell freiwillig" gelegt werden. Dass die Motive zu Entwurf I § 1645 [1] nicht die Absicht gehabt haben, eine allgemein gültige gesetzliche Definiton des Bestellungsaktes zu geben, geht daraus hervor, dass auch bei dem zweifellos nur auf einseitigen Akt der Behörde nach §§ 1787, 2 beruhenden Beginn der vorläufigen Vormundschaft gleichfalls die Vollziehung

des Bestellungsaktes für unerlässlich erachtet wird. Es bedarf in der That keiner weiteren Begründung, dass der „Vertrag“, welcher hier als Bindeglied mit dem Obligationenrecht den Platz im Privatrecht sichern soll, oder gar das „Geschäft“ des Staates mit der zu bestellenden Person, denselben Werth hat, wie die Lehre des „Zwangskaufs“ bei der Enteignung. ENDEMANN lässt dann auch S. 945 Anm. 46 den „Vertrag“ verschwinden und betont die übergeordnete allgemeine Amtsgewalt des Vormundschaftsgerichts sowie die Entstehung des „Beamtenverhältnisses“ nach einseitigem Staatsakte als Folge der „heute herrschenden Lehre des Staatsrechtes“.

Die nähere Betrachtung des Begründungsaktes zeigt auch die weitgehende, zum Ende über allen Interessenverhältnissen Privater stehende selbständige Position des Gerichts. Die Funktion staatlicher Schutzgewalt ist lediglich in den Dienst des gesetzlich genau fixierten Gemeininteresses gestellt. Im Gebiete der ganzen vormundschaftlichen Materie ist die Behörde in der Personalfrage des Vormundes in letzter Linie unabhängig von allen Rechtsakten, selbst der Ausschluss der Eltern, der nach § 1640 [6] Entwurf I schlechthin die Unfähigkeit zur Bekleidung des Amtes zur Folge hatte, hat nun nach § 1782 den Charakter einer Sollvorschrift; der Ausschluss einer ganzen Klasse von Personen ist wirkungslos, ebenso wie die „Berufung“ nach § 1776 keine rechtserzeugende, das Gericht bindende Vorschrift darstellt, und lehnen die Berufenen ab, so kann andererseits ihre Uebernahmepflicht nach §§ 1785, 1787 [2] erzwungen werden. Die zum Zwecke der Einleitung einer Vormundschaft erklärte Selbstbeschränkung der Handlungsunfähigkeit steht in ihrer rechtlichen Unwirksamkeit der Disposition über die Rechtsfähigkeit gleich, letztwillige Verfügungen, die auf dem Umwege der Entziehung der elterlichen Gewalt einen Anwendungsfall des Gesetzes schaffen, sind als unsittlich nach den Motiven Bd. IV S. 799 nicht vorhanden. Eine rechtsverpflichtende, auch für die

Behörde nicht abänderliche Privatinitiative ist nur in § 1638 als positiver Eingriff in das öffentliche Recht nach den Motiven zu § 1510 Entwurf I gestattet, da diese einseitige unbedingte Garantie der Anordnungen Dritter nicht in Kollision mit dem Interesse des Kindes geraten kann.

Bei dieser Gestaltung der neuen Ordnung zu Beginn des vormundschaftlichen Verhältnisses ist es begreiflich, dass das sofortige Inkrafttreten des Vormundschafts- und Elternrechtes unter Verneinung jeder Konzession für die Uebergangszeit angeordnet werden musste, die Motive und Kommissionsprotokolle zu Art. 210 E.-G. halten diese Vorschrift nur für eine Konsequenz des öffentlich-rechtlichen Charakters. Die aus der Sphäre der Sittlichkeit vorwiegend entnommenen reinen Familienrechte drängten zur sofortigen Bethätigung des Gemeinwillens auch im Gebiete des Elternrechtes, so dass auch die neue in gewissen Grenzen selbständige Stellung des Inhabers der elterlichen Gewalt die einschneidendsten Rechtswirkungen auf vermögensrechtlichem Gebiete unter Umständen nun mit sich geführt hat[44]. Diese vermögensrechtlichen Folgen haben jedoch, wie schon angedeutet, nicht das neue Obligationenrecht zur Grundlage, Ansprüche auf Leistungen sind bei Familienbeziehungen als realen Zuständen des Lebens zunächst überhaupt nicht konstruierbar. Schon im alten Rechtszustande hatte man sich von der Unmöglichkeit überzeugt, das Obligationensystem trotz seiner durch römische Juristenkunst ausgebildeten Elastizität, den eigenartigen Gebilden familienrechtlicher Natur anzupassen. Auch insoweit versagt die privatrechtliche Analogie, als bei der Begründung des vormundschaftlichen Verhältnisses an die Stelle des unhaltbaren Vertragsbegriffes ein bestimmtes, nur dem öffent-

[44] Bindungen des Vaters kraft eigenen Willens hinsichtlich Sicherstellung von Kapitalien seiner Kinder sind durch Art. 208 E.-G. als gelöst zu betrachten nach Entsch. d. Kammergerichts v. 9. April 1900 im Jahrbuch Bd. I S. 27.

lichen Recht angehörendes Verhältnis, das der Dienstpflicht des Unterthanen für die Interessen der Gesamtheit eintritt, das in seiner Ausbildung eine scharfe Grenzregulierung gegenüber dem Privatrechte erfahren hat. Insoweit der Staat bezw. sein Organ nicht die Erfüllung der Pflicht befiehlt, ist im Gegensatz zum Obligationenrecht, wie auch LABAND dies hinsichtlich der Wehrpflicht betont, diesen Verhältnissen jede Wirkung versagt, der Zeitablauf ist hinsichtlich des Rechtsschutzes der Altersvormundschaft zugleich von rechtsvernichtender Bedeutung. Auch bei der Steuerpflicht ist durch den Eintritt der Voraussetzungen der Steuerverfassung eine konkrete Verpflichtung noch nicht gegeben, der besondere auch durch Zeitschranken gebundene Akt der Heranziehung ruft ihr Existenz ins Leben, während die entsprechende besondere Aufforderung im privatrechtlichen Dienstverhältnisse die obligatio voraussetzt und ihre Existenz keineswegs bedingt.

Durch die Art des Begründungsaktes, die weitere Gestaltung der inneren Organisation und den Inhalt des vormundschaftlichen Amtes wird endlich eine weitgehende Annäherung an das in der Regel richterliche Staatsamt des Obervormundes, also das Staatsamt im engsten Sinne vollzogen. Die eigentümliche Rechtsentwickelung in Deutschland, welche schon im alten Rechte zur Uebertragung der obervormundschaftlichen Verwaltung von der politischen Behörde auf die Gerichte führte und damit die Vormundschaft „gerichtsbar“ machte, bringt es mit sich, dass der Richter als Obervormund mit seinem Vormunde durch das unzerreissbare Band der Arbeitsverteilung einer jetzt scharf gesteigerten Wohlfahrtspflege verbunden ist. Es wird heute nicht mehr angehen, sich nur die Obervormundschaft als Bestandteil des öffentlichen Rechtes zu betrachten und den Vormund als eine im bürgerlichen Verkehr stehende Person zu ignorieren, die Vormundschaft des neuen Rechtes erscheint selbst für Preussen, wie auch GIERKE in Schmoller's Jahrbuch Bd. XIII S. 130 anerkennt, „über-

wiegend und in höherem Masse als die des geltenden preussischen Rechtes als öffentliches Amt“. Der bahnbrechenden sozialen Gesetzgebung des Arbeiterrechtes, welche auf wirtschaftlichem Gebiete die Stärkung der wirtschaftlich Schwachen gegen den Starken erreichen will, können zwei besondere Bewegungen im Recht gegenübergestellt werden: der Rechtsschutz der wirtschaftlich Schwachen als Glieder der heutigen Gesellschaftsordnung und der Rechtsschutz derjenigen Staatsangehörigen, bei denen der Staat infolge der durch das Alter oder andere Thatsachen nicht vorhandenen oder nicht ausreichend gegebenen Erkenntnisfähigkeit im öffentlichen Interesse einschreitet. Sind die drei Gebiete u. a. von gemeinsamen Ausgangspunkten der Ethik beherrscht, so ist es auch unverkennbar, dass die gegesteigerte Staatsthätigkeit auf wirtschaftlichem Gebiete mit der Steigerung des Schutzes im Rechte im Zusammenhang steht, auch soweit das neue Recht sich der modernen Verkehrsentwickelung anzupassen hatte, der Rechtsschutz gegen die Gefahren dieses Verkehrs verstärkt wurde. Die hiermit im Gebiete der Vormundschaft bedingte Vermehrung amtlicher Pflichten trifft den Obervormund und Vormund in den besonderen der Arbeitsteilung entsprechenden Verantwortungskreisen. Sie ist für den Vormund um so schwerwiegender, als die zur Erfüllung der staatlichen Zwecke erfolgte Anwendung der Disziplinargewalt diesem im Gegensatze zu Verbandsbeziehungen des Privatrechtes wie Gesinde- und Lehrlingsvertrag nicht das Recht des Selbstaustritts aus dem kraft der Staatshoheit geschaffenen Verbandsverhältnisse verleiht. Negativ ergeben sich weitere Berührungspunkte beider Aemter, wenn man erwägt, dass die dauernde Uebertragung eines Amtes, die Ausübung staatlicher Hoheitsrechte, die Frage der Besoldung und die Ausübung eines selbständigen Lebensberufes durch das Amt nicht zu den notwendigen Begriffsmomenten des engeren Staatsdieners nach der u. a. von Laband, Staatsrecht Bd. I § 44 3. Aufl. S. 390, Seydel,

Bayr. Staatsrecht Bd. II § 176 2. Aufl. S. 189, vertretenen Ansicht gerechnet wird. Positiv entspricht den richterlichen Ausschlussbestimmungen die Suspendierung des Vormundes im Falle der Interessenkollision nach § 1846 sowie im weiteren Sinne jede sonstige Beschränkung seiner Vertretungsmacht; der Disziplinarstrafgewalt des Staates das richterliche Ordnungsstrafrecht und das Gewaltverhältnis des Vormundes zum Mündel; der Delegation des staatlichen Hoheitsrechtes in dem engeren Staatsdienerverhältnisse die Delegation der elterlichen Gewalt im Gebiete der Vormundschaft, die der Vormund als ein ihm an sich fremdes Recht ausübt; der Pflicht und dem Recht des Obervormundes zur Amtsführung kraft des inneren und äusseren Verhältnisses die Pflicht und das Recht des Vormundes als staatliches Organ bestimmte Beziehungen eines kulturellen staatlichen Interessenbereiches zu vertreten; dem auch im Augenblicke der Gefahr dem Obervormunde gelassenen weiten Ermessen (s. u. a. § 1666), der vollkommenen Bewegungsfreiheit der Behörde im Gebiete der Verwaltung entspricht die grosse Selbständigkeit des Vormundes in seinem Bereiche. Eine Stellvertretung ist bei dem Subordinationsverhältnisse ausgeschlossen, auch kann der Obervormund, da bei Verhinderung des Vormundes der Pfleger eintreten muss, kraft dieser besonderen Vorschrift weder im Namen des Staats noch in dem des Mündels Verträge mit dem Vormunde oder anderen schliessen, zumal die beantragte reichsrechtliche Haftung des Staates abgelehnt wurde[45]. Im Gegensatze zur preuss. V.-O. (s. Dernburg, Vormundschaftsrecht der preuss.

---

[45] Interessant ist die Thatsache, dass die Befürworter und Gegner einer reichsrechtlichen Vorschrift über die Haftung des Staates hier öffentliches Recht annahmen, s. Protok. d. Lesung IV S. 820—825 bei Guttentag. Die Frage ist nun landesrechtlich hinsichtlich besonderer dem Landesstaatsrecht angehörender Voraussetzungen geregelt mit Ausnahme von Preussen Hier fehlt eine allgemeine Regelung, nach Art. 89, 2 A.-G. z. B. G.-B. bleibt. das Allgemeine Landrecht, für das rhein. Rechtsgebiet u. a. Art. 1384 Code civil.

Monarchie 3. Aufl., Guttentag 1886, S. 314, 315) steht das Gericht in der Zubilligung des Honorars über jeder Vertragsbindung nach § 1836 B. G.-B., die Vergütung selbst ist ein Ausfluss der richterlichen Amtsgewalt, wie die Motive Bd. IV S. 1183 ausdrücklich betonen. Die Gleichstellung des Honorars mit dem Solde des Soldaten und den Gebühren eines Sachverständigen ist insoweit haltbar, als die zweiseitige publizistische Richtung und die Versagung eines rechtlich erzwingbaren Anspruchs in Frage kommt.

Die Rechtsnatur des vormundschaftlichen Amtsbegriffs ist neuerdings von Rehm in einem interessanten Vortrage vom 29. Dez. 1899 in der Münchener Jurist. Gesellschaft bei Besprechung des Beamtenbegriffs des B. G.-B. und seiner Nebengesetze, Annalen 1900 Heft 5 S. 369—392 erörtert worden. Rehm gelangt hier zu Folgerungen, welche im Zusammenhang seiner eingehenden Darstellung die Hervorhebung einzelner Grundgedanken des Vortrags angezeigt erscheinen lassen. Hiernach haben die Aemter des Vormundes, Gegenvormundes, Pflegers, Beistandes, des Nachlassverwalters und Testamentsvollstreckers die Merkmale gemeinsam: Führung fremder Geschäfte, Uebertragung derselben durch obrigkeitlichen Akt, Recht und Pflicht zur Verwaltungsführung. Dieselben sind jedoch private, nicht öffentliche Aemter im Gegensatze zu den staatlichen Geschäften des Nachlass- und Vormundschaftsrichters und des Mitgliedes des Familienrates. Das neue Recht kennt jedoch eine derartige positive Scheidung nicht. Vielmehr erscheint die Stellung des öffentlichen und des Privatbeamten in dem fraglichen Dienstverhältnisse entscheidend. „Das Wesen des Dienstverhältnisses des Beamten besteht aber in einer fortgesetzten pflichtmässigen Thätigkeit für die Zwecke des Dienstberechtigten.“ Das Verhältnis des Privatbeamten ist immer entgeltlich, das des öffentlichen Beamten kann unentgeltlich sein. Bei ersterem ist die Unterordnung nur auf dem Wege der Klage, bei letzterem durch

den Zwang und die Disziplinarstrafe zulässig. Der Amtsbegriff ist für die Unterscheidung des Beamtenverhältnisses nicht entscheidend. Amtsträger und Beamteneigenschaft können verschiedene Rechtsverhältnisse darstellen. Er gelangt zu dem Schlussergebnis: Der öffentliche Beamte steht in einem berufsmässigen öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse einer juristischen Person des öffentlichen Rechtes. Nicht alle öffentlichen Diener in diesem Sinne sind öffentliche Beamte, aber nur solche sind öffentliche Beamte i. S. des B. G.-B. und seiner Nebengesetze. Dieses Prinzip ist jedoch nur durch Art. 77 E.-G. infolge der historischen Entwickelung des Gemeindeberufsbeamten aus dem früheren Gemeindeehrenbeamten insoweit durchbrochen, als Beamter i. S. des B. G.-B. auch der nicht berufsmässige Träger öffentlicher Gemeindeämter ist. Ist hiernach mehr auf den Inhalt des Dienstverhältnisses die Betonung gelegt, so gelangt KAYSER in seiner Dissertation „Staatsamt und Staatsdienst nach dem B. G.-B.", Erlangen 1899 S. 19, durch Hervorhebung der Entstehung zu einem anderen Ergebnisse. Staatsbeamter i. S. des B. G.-B. ist hiernach nur derjenige Staatsdiener, der auf Grund des Vertragsverhältnisses einen Amtsauftrag erhalten hat oder doch wenigstens verpflichtet ist, einen solchen entgegenzunehmen. Beide gehen von dem unzweifelhaft richtigen Gedankengang aus, dass die Frage des „Amtes" und diejenige des „Beamten" nicht identisch sind, auch nicht in einem Kausalitätsverhältnisse stehen, REHM lässt subsidiär auch den bloss ehrenamtlichen Träger von Gemeindeämtern als Beamten zu, während KAYSER diese Frage nicht besonders berührt, sie aber im allgemeinen nach seiner Definition zu verneinen scheint. REHM verneint die Beamtenqualität des vormundschaftlichen Amtes durch die besondere Bezugnahme auf § 1802², da es doch andernfalls heissen müsse: der Vormund u. s. w. kann sich der Hilfe eines anderen Beamten bedienen. KAYSER weist in Anmerkung 1 S. 19 darauf hin, dass Rechtsbeziehungen, wie sie sich bei dem zur Disposition ge-

stellten Staatsbeamten ergeben, sich nicht bei dem Staatsdiener finden, welcher auf Grund des Gesetzes zur Uebernahme verpflichtet ist. So gelangt letzterer bei seiner dem Staatsamtsbegriff gewidmeten Abhandlung zu der Konsequenz, dass das einzige nach neuem Reichsrecht eingehend normierte Amt des Vormundes zu den Staatsämtern, den öffentlichen Aemtern des B. G.-B. nicht gehört. Wenn beide bei ihren Folgerungen zunächst von den wenigen Sonderbestimmungen des neuen Beamtenrechtes, so 839, 841, 979, 1640, 1802, 2003, E.-G. Art. 77, 78, 136, 142, 143, sowie 411, 570, 1315, 1784, 1888 Art. 80 E.-G., ausgehen, so ist ihre Stellung zum vormundschaftlichen Amte durchaus berechtigt. Hier handelt es sich um vermögensrechtliche Ansprüche und genau fixierte Berufsstellungen. Die Berufsvorschriften gestatten, auch wenn sie u. a. Geistliche als Staatsdiener im weiteren Sinne, ja Personen betreffen, die, wie Feldmesser, Taxatoren, jeder Beamtenqualität entbehren, schon nach dem klaren Wortlaut keine Anwendung auf das vormundschaftliche Amt, das auch in Ermangelung von Rechtsansprüchen auf Vergütung einer vermögensrechtlichen Regelung nicht bedurfte. Dagegen ist der Art ihrer Begründung bei Charakterisierung des vormundschaftlichen Amtes nicht zuzustimmen. Die eigenartige Organisation dieses Amtes ist mit den aufgestellten Behauptungen nicht vereinbar. So übersieht KAYSER, dass bei der infolge der Interessenkollision herbeigeführten Suspension des Vormundes der Zustand eines Beamten ohne Amt entstehen kann, dass der Anspruch auf Erstattung von Auslagen und für unverschuldeten Vermögensschaden im Dienst von der Suspension nicht berührt wird und die über jedes Ehrenamt hinausgehende Pflicht zur Sicherheitsleistung Bestandteil zwingender Rechtsordnung ist. Wenn es schon möglich ist, die nach § 1845 auch im Interesse der nicht durch Abstammung, sondern nur durch Adoption verbundenen Mündel gegebene Pflicht zur Einholung des Heiratszeugnisses aus dem Zusammtreffen von Grundsätzen der elterlichen Gewalt mit

Prinzipien des Vormundschaftsrechtes zu erklären, so ist es doch unmöglich, die zuvor genannten Rechtsbeziehungen als Folgen einer ausserhalb des Amtes gegebenen Unterthanenpflicht darzustellen.

Auch REHM's Unterschied des privaten und öffentlichen Amtes insbesondere innerhalb des Gebietes der Vormundschaft ist nicht einwandsfrei. Sieht man von der zweifelhaften Frage ganz ab, ob auch der Testamentsvollstrecker durch obrigkeitlichen Akt berufen werde, so ist doch der Unterschied der Stellung des Testamentsvollstreckers von derjenigen des Vormundes offensichtlich. Ist ferner das Erfordernis staatlicher Hoheitsrechte nicht wesentlich für den Begriff eines Staatsamtes, so ist nicht abzusehen, warum nur das Mitglied des Familienrates im Gegensatz zum Vormunde staatliche Geschäfte führt. Es kommt hinzu, dass auch das Empfinden des Laien den Schöffen trotz seiner Teilnahme am Richteramt in Uebereinstimmung mit der Rechtswissenschaft nicht als Beamten betrachtet, dagegen dem vormundschaftlichen Amte vermöge seiner Dauer und der besonderen Organisation anders gegenüber steht. Der Laie betont insbesondere die selbständige Verantwortung des Vormundes, welche nach neuem Rechte diejenige des Mitgliedes eines Familienrates weit übertrifft, wenn man erwägt, dass er sämtlichen Mitgliedern der obervormundschaftlichen Behörde gegenüber ein eigenes Nach prüfungsrecht besitzt. Muss REHM nach seiner Darstellung zugeben, dass das positive Recht den Begriff des privaten Amtes nicht ausspricht, erwägt man, dass die zugelassenen landesrechtlichen Organisationen des obervormundschaftlichen Amtes auch die Institution des Familienrates jeder Theorie eines berufsmässigen Amtes und des Staatsbeamtenverhältnisses im engsten Sinne entgegenstehen können, so erscheint eine genaue Charakterisierung des vormundschaftlichen Amtes nicht gut möglich, insoweit dasselbe dem Amt des Obervormundes entgegengesetzt wird. Ein Gegensatz beider Aemter ist, abgesehen von der besonderen Arbeitsteilung und entsprechender eigener Verantwortung, selbst in-

soweit nicht feststellbar, als das obervormundschaftliche Amt die Möglichkeit einer vom Reichsrecht abweichenden besonderen landesrechtlichen Einrichtung besitzt und die vormundschaftliche Organisation nach Art. 136 E.-G. ebenfalls auf Landesrecht beruhen kann. Nimmt man die Organisation zum alleinigen Ausgangspunkt der Darstellung, so ist das vormundschaftliche Amt das Resultat besonderen öffentlichen Rechtes. Das Vormundschaftsrecht als Teil des grossen öffentlichen Rechtsgebietes gestattet auch in gewissem, der Sonderorganisation des Amtes entsprechendem Umfange die Anwendung der für das öffentliche Staatsdienstverhältnis geltenden Grundsätze. Ein Staatsorgan begründet und beaufsichtigt das Amt, die Bestellung macht die allgemeine Dienstpflicht zur besonderen Amtspflicht, welche auch hier neben der Pflicht zur wirklichen, gewissenhaften Arbeitsleistung diejenige des Gehorsams gegen rechtmässige Dienstbefehle des Vorgesetzten enthält. Folgt man REHM's früherer Darstellung[46], so ist die durch den Bereich des Staatsamtes erfolgte Begrenzung der Gehorsamspflicht ebenfalls vorhanden. Das vormundschaftliche Amt enthält in beschränktem Umfange die Pflicht zur Bereitwilligkeit der Dienstleistung, zur Führung eines achtungwürdigen Lebens und kennt selbst eine Analogie der Wahrung des Amtsgeheimnisses. Der Vormund kann sich durch die Verbreitung bestimmter, in amtlicher Eigenschaft ihm bekannt gewordener Thatsachen schon bei dem Bewusstsein der Möglichkeit eines den Mündel schädigenden Erfolges nach § 266 St.-G.-B. ebenso strafbar machen, wie die Unwahrheit, ja die blosse Verschweigung der Wahrheit in dem internen Verhältnisse gegenüber dem Mündel selbst bei offensichtlicher Interessenkollision für sich allein die Strafbarkeit begründen kann[47]. Jedenfalls kann man

---

[46] Ueber die Natur des Staatsdienstes Annal. 1884 S. 85; das vormundschaftliche Amt ist allerdings hier nicht behandelt, da REHM offenbar nur Privatrecht in dieser Rechtsmaterie annimmt.

[47] In Bd. XXX S. 193 hat das Reichsgericht die Untreue eines Vor-

noch weiter gehen wie REHM, der bei dem Inhalt des Staatsdienstverhältnisses die Pflicht zur Treue nur als eine Gewissenspflicht behandelt und dieselbe als Rechtspflicht des vormundschaftlichen Amtes bezeichnen. Ist sie doch durch § 266 St.-G.-B. zu einem der Hauptgrundsätze eines Amtes gemacht, das wie kein zweites im neuen Rechte nach dem eigenen Ermessen seines Inhabers innerhalb des eigenen Machtbereiches zu führen ist. Ist insbesondere die Stellung eines unselbständigen Vollzugsorgans obervormundschaftlicher Anordnungen ausgeschlossen, so ist es gerade ein charakteristisches Merkmal dieses Amtes, dass der strafrechtliche Schutz nach § 113 St.-G.-B. nicht nötig erscheint. Die dem Vormund zu eigenem Recht verliehene, auf den Kreis seiner Pflegebefohlenen beschränkte Macht bedarf des Strafrechtes ebensowenig, wie die väterliche Gewalt. Ist im übrigen, soweit notwendig und möglich, ein bestimmter strafrechtlicher Schutz vorhanden, so ist die Heranziehung der eigentümlichen Stellung des Strafrechtes in der „Amts-" und „Beamten"frage um so weniger für die Fixierung des vormundschaftlichen Amtsbegriffs notwendig, oder nur förderlich, als das Strafrecht besondere Zwecke verfolgt und die praktischen Gesichtspunkte auch in der Frage der Erhaltung von Ehrenämtern verschieden zum Nachteil eines konsequenten Standpunktes behandelt sind. So erscheint z. B. das Amt des Familienrates, das schon seither in bestimmten Rechtsgebieten die Teilnahme an den richterlichen staatshoheitlichen Geschäften sicherte, nach § 34 Pos. 6 als Ehrenrecht, während der Schöffe mit seinem Amte gleichen Rechtsinhaltes Inhaber eines öffentlichen Amtes ist. Wenn daher REHM dem Familienrat allein staats-

---

mundes bejaht, der bei der Nachforschung nach dem ausserehelichen Vater seines Mündels der Vormundschaftsbehörde verschwiegen, dass er selbst das Kind gezeugt. Die Gefahr der Verfolgung wegen Ehebruchs schloss die Strafbarkeit dieses Vergehens gegen die Wahrheit nicht aus. Die Fürsorgepflicht und Treue ist „zu einer öffentlich-rechtlichen Norm erhoben, die eben darum bei Kollision mit dem Privatinteresse des Vormundes diesem nicht weicht, sondern ihm vorangeht".

amtlichen Charakter beimisst, muss er andererseits die Negation seiner Theorie im Strafrechte anerkennen. Auch die Erwägung, dass der Vormund nicht wegen „Amtsvergehens“ verurteilt wird, hat angesichts des Spezialdeliktes des § 266 St.-G.-B. wohl nur formelle Bedeutung, wenn man von dem soeben Bemerkten und der übrigens in jeder Hinsicht mangelhaften Systematik des Strafrechtes in der Behandlung der Amtsdelikte absehen will.

Wir gelangen hiernach zu folgenden Ergebnissen:

Die Funktionen des Vormundes bilden ein öffentliches Amt, das kraft seiner besonderen Organisation weder zu den Ehrenämtern noch zu den Staatsämtern im engsten Sinne in letzterer Hinsicht wegen der „Beamten“frage gehört. Es nimmt eine Mittelstellung ein und nähert sich durch die Gleichheit des staatsamtlichen Inhaltes in jeder Hinsicht dem obervormundschaftlichen Amte, mit dem es im Falle des Familienrates oder besonderer landesrechtlichen Organisation die nicht berufsmässige Stellung des Obervormundes bezw. der Mitglieder der obervormundschaftlichen Behörde gemeinsam haben kann. Es hebt sich scharf, abgesehen von der nur äusserlichen Stellung des Vormundes im bürgerlichen Verkehre, von nahestehenden Befugnissen und Aemtern im Gebiete des Privatrechtes ab. So sind Konzessionen, deren Ursprung infolge verleihenden Verwaltungsaktes öffentlich-rechtlich ist, lediglich privatrechtlicher Natur, da sie nur im Privatinteresse gegeben sind[48]. Das „Amt“ des Konkursverwalters ist nach richtiger Ansicht nicht Ausübung einer öffentlich-rechtlichen Funktion, er übernimmt das Amt freiwillig, der Staat hat an der Verteilung des Vermögens des Gemeinschuldners kein unmittelbares Interesse, wie das Reichsgericht in Bd. XIX S. 86 Strafsachen und Bd. XLIII S. 62 Civilsachen im Gegensatze zu Bd. XXIX S. 36 feststellt. Dagegen zeigt der Inhalt des vormundschaftlichen Amtes die Ableitung aus der

[48] S. Jellinek, System S. 62.

Staatsgewalt sowie die Dienstfunktion zu Gunsten bestimmter Staatszwecke und Kulturaufgaben. Sollten hierunter wirklich die nationale Fortbildung des Volkes im Gebiete der Erziehungsgewalt und die Grundsätze der das eigentliche Verwaltungsrecht unmittelbar berührenden öffentlichen Verwaltung des Vormundes nicht fallen, wenn andererseits in dem denkbar weitesten Umfange des mittelbaren Sicherheitsdienstes Staatszwecke angenommen werden? So hat das Reichsgericht in Bd. XXX S. 30 die Frage der Beamtenqualität eines vom deutschen Tierschutzverein nach erfolgter Bestätigung des Polizeipräsidiums bestellten Hundefängers nach § 359 St.-G.-B. bejaht auf Grund seiner Definition: „Entscheidend ist allein, dass die mit der Anstellung dem Angestellten zur Ausübung übertragenen Dienste und Funktionen öffentlich-rechtlicher Natur, aus der Staatsgewalt abzuleitende und den Staatszwecken dienende sind, mithin den Charakter einer öffentlichen Amtsthätigkeit haben, die von einem Organe der Staatsgewalt unter öffentlicher Autorität vorgenommen werden." Man braucht hierunter nur die Auffassung der Kommission für die 2. Lesung des B. G.-B. zu setzen: „Das Recht des Vaters bezw. der Mutter, auf die körperliche und geistige Erziehung der Kinder bestimmend einzuwirken, finde seine Grenze an dem Rechte des Staates, die Erziehung der Jugend zu überwachen und dafür zu sorgen, dass jeder Einzelne dereinst auch diejenige moralische Qualifikation erhält, die das Leben von ihm verlange", um die Richtigkeit unserer Ansicht zu bestätigen. Selbst die äussere Vertretung im Rechtsverkehr beruht auf der öffentlichen Dienstpflicht des Vormundes, während diejenige des Rechtsanwaltes auf das Gewerbe zurückzuführen ist, trotzdem er als Faktor der Rechtspflege gleichfalls ein öffentliches Amt bekleidet. Der Schwerpunkt des vormundschaftlichen Amtes liegt jedoch in der Organisation des inneren Gewalt-, Schutz-, Rechts- und Verpflichtungsverhältnisses.

Vorstehende Erwägungen ergeben zugleich, wie sich der Verf.

die Grenzregulierung in unserer Frage zwischen Privat- und öffentlichem Rechte denkt, insbesondere auch im Hinblick auf die Auffassung von GIERKE und JELLINEK.

Ersterer hat in seinem deutschen Privatrecht, Binding's Handbuch § 4, darauf hingewiesen, dass die Gesellschaft sich nach germanischer und moderner Auffassung nicht in dem Staate erschöpfe, die Familie, Kirche, Gemeinde, Genossenschaft enthalte so viel „Sozialrecht", d. h. Recht für den Einzelnen als Teil des Ganzen, das nicht Staatsrecht sei. So rechnet er zum Privatrecht das Individualrecht und ausserdem das Recht, welches nicht durch einen staatsrechtlichen Satz dem öffentlichen Rechte einverleibt ist, also hierher das Familienrecht und das Körperschaftsrecht der privaten Verbände. Zum öffentlichen Recht gehört das Recht, welches den Staat als ganzen und die einzelnen Menschen sowie die übrigen Verbände als Staatsglieder verbindet, ausserdem das Sozialrecht, welches wegen der Beschaffenheit der von ihm geordneten Gemeinschaft als öffentliches anerkannt ist, so Kirchen-, Gemeinde-, Völkerrecht.

JELLINEK gelangt auch in seinem neuesten Werke „Das Recht des modernen Staates" 1900 Bd. I S. 348, 353 im wesentlichen zu dem gleichen Resultate, er giebt jedoch die Formel: Oeffentliches Recht ist dasjenige, welches ein mit Herrschergewalt ausgerüstetes Gemeinwesen in seinen Beziehungen zu gleich- und untergeordneten Personen findet. Er gliedert das öffentliche Recht in Völkerrecht und Staatsrecht im weiteren Sinne und teilt letzteres in Justiz- (Straf- und Prozess-), Verwaltungsrecht und Staatsrecht im engeren Sinne. Er betont jedoch in seinem „System des sub. ö. R." S. 86, dass eine absolute Gegenüberstellung zwischen Privat- und Sozialrecht unmöglich sei, „alles Privatrecht ist eben auch Sozialrecht", „Privatrecht ist nicht das Recht zwischen isolierten Menschen, sondern zwischen Zugehörigen zu einem mit Herrschermacht ausgerüsteten Gemeinwesen".

JELLINEK rechnet die Ansprüche der Versicherungspflichtigen im sozialen Arbeiterrecht mit Rücksicht auf die staatliche Aufgabe des Schutzes vor gewissen Gefahren und der Sicherstellung der Existenz des Arbeitsunfähigen zum öffentlichen Recht, während GIERKE, Die soziale Aufgabe des Privatrechtes S. 45, Privatrecht annimmt. JELLINEK bejaht S. 84 des Systems die öffentliche Verwaltung des Pflegschaftswesens „trotz der eigentümlichen privatrechtlichen Beziehungen, die zwischen ihm und dem Mündel oder dem Pflegebefohlenen entstehen können", GIERKE erwähnt S. 32 seines Privatrechtes unter den Sätzen des öffentlichen Rechtes, die staatliche Einrichtungen im Dienste des Privatrechtes begründen, nur die Obervormundschaft, welche im Vormundschaftsrecht nicht übergangen werden dürfe.

Beide Ansichten, die selbstverständlich nur den alten Rechtszustand vor dem 1. Jan. 1900 im Auge hatten, sind für das Gebiet der modernen vormundschaftlichen Materie nicht einwandsfrei, wenn die auf Grund des positiven Rechtszustandes gegründeten Ausführungen über die Gemeinsamkeit der Rechtsbeziehungen zwischen Obervormund und Vormund in Bezug auf Begründung, Organisation und Beendigung der Aemter anzuerkennen sind. Wenn JELLINEK in Billigung der privatrechtlichen Auffassung von „eigentümlichen privatrechtlichen Beziehungen" spricht und das Reichsgericht in Bd. XVI Civilsachen S. 205—209 das Recht des Mündels auf Führung der Verwaltung nach gesetzlicher Anweisung als ein „persönliches[49] obli-

---

[49] In subjektiver Hinsicht ist die Konstruktion der Mündelrechte praktisch von grösster Bedeutung, da die vom Gesetz in eigenartiger Weise bestätigte Parallele zwischen Rechten, welche die öffentliche Verwaltung an den Vormund und solchen, die das Mündel an den Vormund hat, die Frage der Existenz eines Klagerechts des Mündels hervorruft, wenn die Machtmittel des Obervormundes verbraucht sind. JELLINEK, System S. 115, versteht unter dem „positiven Status" die der Fähigkeit des Einzelnen, positive Leistungen vom Staate zu verlangen, entsprechende Verpflichtung des Staates, „im Einzelinteresse thätig zu werden". Er rechnet hierzu den

gatorisches“ darstellt, so dürfte diesen ohne weitere Begründung vorgetragenen Ansichten das nach besonderen, jede Analogie einer privatrechtlichen Rechtsfigur ausschliessenden Normen begründete Dienstverhältnis des Unterthanen, als Bestandteil öffentlichen Rechtes, entgegengestellt werden. Die Erklärung, warum Dienste für den Einzelnen als Dienste für die Gesamtheit gelten, giebt JELLINEK selbst in der trefflichen Zusammenfassung des Staatszwecks in seinem „Recht des modernen Staates“ Bd I S. 237: Der Staat erscheint uns heute „als der durch planmässige, zentralisierende, mit äusseren Mitteln arbeitende Thätigkeit die individuellen, nationalen und menschheitlichen Solidarinteressen in der Richtung fortschreitender Gesamtenwickelung befriedigende, herrschaftliche, Rechtspersönlichkeit besitzende Verband eines Volkes“.

Der Rechtsbegriff des „Sozialrechtes“ kommt für die Vormundschaft infolge der Ausmerzung familienrechtlicher Elemente und der Erwägung, dass wirtschaftliche Unterstützungen zunächst nicht das Rechtsgebiet der Vormundschaft berühren, nicht in dem Masse, wie auf dem Gebiete des Arbeiterrechtes in Betracht. Mag man hier Privat- oder öffentliches Recht annehmen, der innere Gehalt beider Auffassungen konzentriert sich

---

Anspruch auf Rechtsschutz im Civilprozess und den „auf Interessenbefriedigung durch staatliche Verwaltungsthätigkeit“ wie auf Ausstellung öffentlicher Urkunden, ohne die grösste Leistung des Staates in der „freiwilligen“ Gerichtsbarkeit, die Vormundschaft zu berühren, offenbar weil die Verwaltung nicht auf Grund „individuellen Begehrens“ in Bewegung gesetzt wird. Allein auf S. 114 ist das Rechtsmittel des Einzelnen das Kennzeichen für die Scheidung zwischen Reflex und Anspruch. Andererseits spricht auch JELLINEK S. 255 a. a. O. von „gesetzlichen Ansprüchen der Versicherungspflichtigen an den Krankenkassen“ und rechnet sie zum öffentlichen Recht. In der Vormundschaft ist der subjektive Anspruch auf den vom Gesetz dem Umfange nach normierten staatlichen Rechtsschutz, abgesehen vom Beschwerderecht, nicht beseitigt, wenn die Verwaltung ihre Pflicht aus Versehen nicht erfüllt. Hier tritt noch die persönliche Haftung des Beamten und des Staates in diesem Falle hinzu.

schliesslich auf die beiden Ansichten gemeinsame Erwägung, dass die Gesetzgebung den Einzelnen nur als Glied der engeren oder doch nationalen Gesamtheit erfasst. Letztere Rechtsstellung kommt nun aber bei dem Vormundschaftsrecht in Frage, wie andererseits nicht zu bezweifeln ist, dass die Leistung der Dienste für den Einzelnen als Dienste für die Gesamtheit gelten, so dass die beiden Merkmale: Gesamtinteressen und Gliedstellung des Einzelnen die hier verteidigte Annahme öffentlichen Rechtes begründen.

Abgesehen von den schwerwiegenden Folgen in der Praxis, welche unter dieser Theorie gerechtfertigt werden können, ist die theoretische Durchführung dieser Annahme nach der Seite einer vorwiegend sicheren Abgrenzung beider Rechtsgebiete wohl möglich. Sie ergiebt im Gebiete der Vormundschaft eine scharfe Grenzlinie nach innen und aussen. So unverkennbar es ist, dass der Gesetzgeber, indem er die Gesamtheit der die Person und das Vermögen des Pflegebefohlenen betreffenden Beziehungen unter staatlichen Schutz stellte, vorwiegend an die Verhältnisse des Mündels zu anderen Privatpersonen, das Leben im bürgerlichen Verkehr anzuknüpfen hatte, so klar ist es, dass die Mitwirkung des obervormundschaftlichen Organs kein Rechtsgeschäft im Sinne des Privatrechtes, sondern die Ausübung eines staatshoheitlichen Aktes darstellt, welcher der Behörde ihre Stellung über den Parteien erhält. Es gilt also die Annahme öffentlichen Rechtes ausschliesslich und nur in dem internen Verhältnisse des vormundschaftlichen Verbandes, dessen innere Zusammengehörigkeit durch die zwingende Vorschrift des § 1828 klar bewiesen wird. Bleibt hiernach der Inhalt des Rechtsverhältnisses zwischen dem Mündel und der anderen Privatperson von der Teilnahme des staatlichen Organs unberührt, so bewirkt doch in anderen Fällen das aus dem inneren Verband heraustretende unmittelbare Einschreiten der Behörde gegen Dritte so im Bereiche der Erziehungsgewalt, im Elternrecht, im

Gebiete der eigenen landesrechtlichen vollziehenden Gewalt die öffentlich-rechtliche Qualität dieses Verhältnisses. Selbst bei Protesten, die übrigens die Vollziehung des Vollstreckungszwanges nicht hindern können, hängt die Beurteilung der in ihrer Qualität von der Art des Rechtsmittels nicht immer abhängigen Streitsache allein von der Beantwortung der Frage ab: Sind die Voraussetzungen des staatlichen Hoheitsrechtes gegeben? Nur insoweit wird sich mit Sicherheit nach der äusseren Ausdehnung des Machtbereichs der neuen vormundschaftlichen Gewalt auch hier der Beginn des öffentlich-rechtlichen Gebietes zeichnen lassen. Insoweit in dem weiten Gebiete des Familienrechtes ein solch unmittelbares öffentliches Interesse nicht konstruierbar ist, dürfte auch die Wissenschaft des öffentlichen Rechtes zufrieden sein, die juristisch uninteressante, also nicht zum Gericht gehende, Ehe ist die beste auch im Sinne des Staates.

Wir gewinnen so auch gegenüber dem Landesrecht in unserer Materie eine einheitliche Auffassung. Reichs- und Landesrecht vereinigen sich ihrem Inhalte nach zu einer mit den äussersten Machtmitteln der Gegenwart ausgestatteten Rechtsschutzorganisation. Wie nun die Pertinenz der Hauptsache dient und doch ein selbständiges Dasein führt, so hat auch die im Dienste vorwiegenden Privatrechtsschutzes stehende Vormundschaft nicht im Privatrecht ihr Rechtsgebäude. Freunde einer Systematik fühlten dies, als sie in 2. Lesung der Vormundschaft ihren Platz ausserhalb des Familienrechtes anweisen wollten.

III.

Die Grenzen des Bereiches der obervormundschaftlichen Gewalt liegen in der Staatsangehörigkeit des in Frage kommenden Pflegebefohlenen und materiell in dem festgelegten Umfange staatlicher Kulturthätigkeit. In ersterer Hinsicht ist das im Gebiete der Vormundschaft auch nach seiner aktiven Seite anerkannte nationale Prinzip bis auf die beiden aus Zweck-

mässigkeitsgründen zugelassenen Ausnahmen des Art. 47 G. f. G. und Art. 23 f. G., Denkschrift S. 46 und 45 vollkommen durchgeführt: Auch der Deutsche des Auslandes geniesst die Vorteile und Rechte staatlichen Schutzes, untersteht deutscher Schutzgewalt, nicht der Ausländer. Nicht mit der gleichen Sicherheit konnte die Qualität der dem verwaltenden und entscheidenden Obervormunde unterliegenden Sachen bestimmt werden. Hat doch die eigenartige Ausbildung des Vormundschaftsrechtes dem Obervormund nun noch eigene vollziehende Gewalt in einem Umfange verliehen, wie man sie seither nicht kannte. Sieht man von den tiefen Eingriffen in das Familienleben, der allseitigen Beengung der Verwaltungsfreiheit und der hohen Steigerung des Masses staatlicher Aufsicht ab, so bleiben für die rechtliche Qualifikation der Kompetenz noch eine grosse Anzahl staatlicher Verrichtungen übrig, die nicht unter eine einheitliche scharfe Formulierung zu bringen sind. Hiermit steht in engem Zusammenhange, dass der Gedanke eines Rechtsschutzes Privater gegen Uebergriffe des Vormundschaftsrichters und die sehr bestrittene Frage seiner Ausgestaltung im ordentlichen Rechtsweg zu den die Judikatur der Gegenwart besonders in Anspruch nehmenden Problemen des neuesten Reichs- und Landesrechts gehört. Die wissenschaftliche Erörterung dieser Fragen, welche wohl niemals zu allgemeiner Befriedigung abschliessend beantwortet werden können, müssen an das vor dem 1. Jan. 1900 bestehende preussische Recht anknüpfen, da dasselbe vorbildlich war. Die Untersuchungen dürften selbst den Gegnern des Standpunktes dieser Abhandlung zeigen, wie bei dem Versuche, die spröden Vorschriften juristisch zu erfassen und die Möglichkeiten der Anfechtung zu bestimmen, eine Grenzregulierung beider Gebiete nicht zu umgehen ist, auch überzeugen, dass Fragen von der grössten öffentlich-rechtlichen Bedeutung entscheidend sind.

Wir beginnen mit dem preussischen Rechte. Hier hat be-

reits BERNDT in seiner verdienstvollen Abhandlung[50]: Hat der Vormundschaftsrichter bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zu entscheiden? eine zusammenfassende Darstellung veröffentlicht. Wir stellen einige Resultate von besonderer Bedeutung als Ausgangspunkt der Untersuchung voran.

I. Das Vormundschaftsgericht ist ordentliches Gericht im Sinne der §§ 12, 13 G.-V.-G. nicht, da es grundsätzlich nur nichtstreitige Gerichtsbarkeit ausübt. Auch als Verwaltungsgericht oder Verwaltungsbehörde kommt es nicht in Betracht. Inhaltlich ist zwar seine Thätigkeit in verschiedener Hinsicht derjenigen der Verwaltung analog, doch ist es seiner Organisation nach Gerichtsbehörde[51]. Der Begriff eigentlicher Justizverwaltung ist im preussischen Sinne viel enger, er umfasst u. a. nur: Einrichtung, Leitung der Behörde und des Personals, Verwaltung von Gebäuden u. dgl.

II. Waren dem Vormundschaftsrichter Entscheidungen nach bürgerlichem Recht überwiesen, so kompetieren sie durch die Reichsjustizgesetzgebung den ordentlichen Prozessrichter. Eine Prüfung des preussischen Rechts ergiebt in letzterer Hinsicht folgendes:

a) In Erziehungsfragen ist der Vormundschaftsrichter Interessenvertreter, er nimmt Partei für die Schutzbefohlenen und vertritt mit dem Interesse der Kinder zugleich das öffentliche Interesse des Staates an der Heranziehung brauchbarer Staatsbürger. Insoweit der Vormundschaftsrichter in dieser Hinsicht Streite der Eltern entscheidet, „trifft er seine Entscheidung in dem Sinne, wie der elterliche Streit ohne Widerspruch mit den Gesetzen im Interesse des Kindes am besten zu beenden ist“.

---

[50] GRUCHOT, Beiträge, RASSOW-KÜNTZEL Bd. XXXVIII, 1894, S. 598—646.

[51] In Sachen II 251/82 hat das Reichsgericht II. Civilsenat am 6. Juni 1882 das sächs. Vormundschaftsgericht als Verwaltungsbehörde im Sinne des § 13 G.-V.-G. aufgefasst, da seine Thätigkeit ein Zweig der Justizverwaltung sei.

b) Bei schwebender Ehescheidung macht sich die nach A. L.-R. allerdings nicht gerechtfertigte Tendenz geltend, nur den Ehescheidungsrichter im Wege der einstweiligen Verfügung zur Regelung der Erziehungsfragen für zuständig zu halten.

c) Die Beschlüsse des Vormundschaftsgerichts sind keine vollstreckbaren Titel nach der C.-P.-O., sondern nur die Grundlage einer etwaigen Klage. Die Reihe der Entscheidungen, welche dem Vormundschaftsrichter das Recht zusprechen, die Entscheidungen des Prozessrichters nicht für bindend zu erachten und abändernde Anordnungen im Interesse des Kindes zu treffen, werden durch Erkenntnisse des Reichsgerichts[52] aus neuerer Zeit geschlossen. Das rechtskräftige Urteil macht nur Recht innerhalb der Parteien, also der Eltern untereinander, die Wahrung des Kindesinteresses ist öffentliches Recht, das selbst durch Entscheidungen des Prozessrichters nicht berührt wird. Umgekehrt kann eine spätere Entscheidung des Prozessgerichts die frühere vormundschaftliche Anordnung nicht beseitigen. Ebensowenig ist die Anfechtung des vormundschaftsgerichtlichen Beschlusses im Prozesswege zu dem Zweck zulässig, ihm die fernere Wirkung zu entziehen. Der ordentliche Beschwerdeweg ist allein gegeben.

d) Bei den sog. Konsensstreiten giebt es Fälle reiner vormundschaftlicher Interessenthätigkeit und reiner richterlicher Entscheidung. Zu ersteren gehören u. a. die Erlaubnis zur Verheiratung des Mündels, die Genehmigung zu gewissen Aenderungen der Substanz des Kindesvermögens durch den Vater bei dessen Wiederverheiratung. Zu letzterer ist zu rechnen die verweigerte an sich gesetzlich notwendige Zustimmung der Frau zu beabsichtigten Verfügungen des Mannes.

Die angeführten Ergebnisse sind durch Trennung des öffentlichen und privaten Interesses gewonnen, sie sollen so auch der Darstellung des neuen Rechtes zu Grunde gelegt werden.

---

[52] S. R.-G. Bd. XXIII S. 385 u. Gruchot Bd. XXXIII S. 121.

I. 1. Das neue Vormundschaftsgericht ist in Beachtung der historischen Entwickelung Organ der Staatsgewalt, also der politischen Obrigkeit, die jedoch prinzipiell ihre „Verrichtungen", d. h. das gesamte staatliche Gebiet der Obervormundschaft, nicht nur die entscheidende Thätigkeit, dem Amtsgericht nach § 35 G. f. G. übertragen hat.

2. Ausnahmen bestehen:

a) bei Einsetzung des Familienrats nach 1858ff., auf den die staatlichen Funktionen übergehen,

b) nach 189 G. f. G. mit Art. 57, 58 E. G. z. B. G.-B. in Ansehung der Landesherren, der Mitglieder ihrer Familien und der diesen gleichgestellten Häuser,

c) nach Art. 147 E.-G. z. B. G.-B., wenn das Landesrecht andere als gerichtliche Behörden für zuständig erklärte. Der ursprünglich nur für die Nachgerichtsorganisation gedachte Vorbehalt wurde in der Kommission 2. Lesung[53] auch auf die Vormundschaftsgerichte ausgedehnt, da in der Praxis beide Verrichtungen sehr oft vereinigt sind.

II. Der gesamte Inhalt der zur Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts überwiesenen Verrichtungen bezieht sich auf:

a) Akte rechtspolizeilicher Natur im Gebiete der eigentlichen Vormund- und Pflegschaftsverwaltung,

b) richterliche Entscheidungsakte in diesem Gebiete.

c) Akte richterlicher und gemischter Natur bei nicht bestehender Vormund- und Pflegschaft hinsichtlich bestimmter persönlicher oder ehegüterrechtlicher Beziehungen der Ehegatten unter sich,

d) derartige Akte mit Rücksicht auf das öffentlicher Fürsorge bedürftige Interesse der Kinder im Gebiete des Elternrechtes.

Eine Besprechung aller hierher gehörigen Fälle ist im Rahmen

---

[53] Prot. S. 8938—8944, 8949, 8950.

dieser Abhandlung nicht möglich. Jedoch können im Anschluss an die Abhandlung BERNDT's folgende Materien der freiwilligen Gerichtsbarkeit ihre neurechtliche Behandlung und die Folgen der Annahme öffentlichen Rechtes berührt werden:

1. Die sog. Konsensstreite der Ehegatten untereinander betreffen auch nach neuem Rechte nicht Streitsachen des öffentlichen Rechtes, da eine besondere Bestimmung über die prinzipielle Auffassung des Gesetzgebers fehlt und es nicht wohl gerechtfertigt ist, ein öffentliches Interesse von vorwiegender Bedeutung bei den Fällen der §§ 1379, 1402, 1447, 1451 ff. B.G.-B. anzunehmen. Trotzdem wurde den Wünschen der Regierungen von Preussen, Bayern, Sachsen, Hessen und Schaumburg-Lippe entsprochen und eine richterliche Thätigkeit des Vormundschaftsrichters in diesen Streitsachen beschlossen. Nach den Protokollen der Kommission S. 5114—5118, auch S. 169 der Subkommission zu § 1319 Entwurf I soll in dem Verfahren die Offizialmaxime kein strenger Beweisgrundsatz gelten, nur im Rahmen der Zweckmässigkeit habe die Entscheidung zu erfolgen. In der Praxis wird jedoch diese aus bester Absicht geleitete Auffassung dem Richter unter Umständen Schwierigkeiten bieten. Die angerufene Entscheidung ist stets rechtserzeugend für den fraglichen Rechtsakt und es wird zweifelhaft sein, ob man sich ferner auf Gebieten der Zweckmässigkeit bewegt, wenn zugleich als Grundlage der Entscheidung die Gültigkeit des angerufenen ehelichen Güterrechts festzustellen ist. Werden rechtliche Einwände vorgebracht, welche der Richter für offenbar unbegründet hält, so entspricht eine sofortige den Rechtsakt vollendende Entscheidung wohl den Absichten der Motive. Diese dann rein richterliche Thätigkeit ist jedoch doppelt verantwortungsvoll, wenn man ihre rechtserzeugende Macht gegenüber der Behauptung eines Rechtsstreites und die dem subjektiven Gefühl anheimgegebene und damit gefährliche Auslegung des „Chikaneverbotes" in Betracht zieht. Letzteres hat der Reichstag be-

kanntlich gegen alle Bedenken sorgfältiger Vorberatungen im Plenum ohne jede Beratung aufgenommen und damit nicht absehbare Gefahren der Rechtssicherheit zugelassen. Wenn man ferner erwägt, dass in jedem Falle auch die Rechtsfrage zu entscheiden ist, ob überhaupt die verweigerte Zustimmung der Frau zu dem fraglichen Rechtsgeschäft erforderlich ist, dass der Begriff „Rechtsgeschäft" von dem der „Verwaltung" nach § 1379 B. G.-B. zu scheiden ist, so ist der Ausschluss des Rechtsweges für solche bürgerliche Streite immerhin eine rechtlich noch zweifelhafte Frage.

2. Leider ergiebt sich auch im Gebiete des die Erziehungsfragen betreffenden neuen Reichs- und Landesrechtes die Kollision des Vormundschafts- und Prozessgerichts. Die bis jetzt im ersten Jahrgang des „Centralblattes für freiwillige Gerichtsbarkeit" von Landrichter Dr. Meyer veröffentlichte Uebersicht über die Rechtsprechung zeigt das bedauerliche Ergebnis, dass die Feststellung und die Durchführung bestimmter Ansprüche, so z. B. auf Herausgabe des Kindes nach § 1632 B. G.-B. hinsichtlich der Frage des Rechtsweges sehr bestritten sind. Das Landesrecht hat grösstenteils sehr eingehend den Vollstreckungszwang, welcher sich insbesondere auf Vormundschaftssachen bezieht, geregelt, enthält jedoch über die Fälle seiner Anwendung grösstenteils keine eingehende Bestimmungen. Es handelt sich zweifellos um Massregeln der Behörde kraft öffentlicher Pflicht, die gerade auf dem Gebiete der Erziehungsgewalt die Streitsache zu einer solchen des öffentlichen Rechtes machen. Da jedoch die Voraussetzungen der behördlichen Massregeln insbesondere auch im Reichsrecht ungenügend bestimmt sind, ist schon aus diesem Grunde der Streit in der Judikatur begreiflich.

In letzter Linie hat der Streit der Meinungen die bedeutungsvolle Frage zum Ausgangspunkt: Inwieweit ist insbesondere im Gebiete der Vormundschaft die Gewalt an Stelle des Rechtsweges getreten, hat die Behörde zunächst den Rechts-

weg zu betreten, um einen vollstreckbaren Titel zur Durchführung ihrer Massregeln zu erlangen, ist gegen den sofortigen Zwang der Rechtsweg zulässig, insbesondere wenn Gesetzesverletzung, Mangel der Zuständigkeit u. s. w. behauptet ist?

In der Regel treten die obervormundschaftlichen Entscheidungen mit ihren einschneidenden Folgen durch die Bekanntmachung für den speziellen Personenkreis in sofortige Wirksamkeit. Selbst bei den rechtserzeugenden Urteilen in Konsenzstreiten ist allerdings nur bei Gefahr im Verzuge sofortige Vollziehung möglich. Schon in den Motiven zu § 41 des Entwurfs zu dem Gesetze über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit hatte PLANCK bemerkt: „Es liegt im Wesen einer mit imperium ausgestatteten Behörde, dass dieselbe die Macht haben muss, die von ihr innerhalb der gesetzlichen Befugnisse erlassenen Verfügungen nötigenfalls im Wege des Zwanges durchzuführen." Eine Garantie für die unbedingte Durchführung der behördlichen Massregeln ist in der That nur da gegeben, wo Anordnung und sofortiger Vollzug in einer Hand liegen und die Durchführung des letzteren mit Mitteln der Gewalt gegen jeden Widerstand gesetzlich erlaubt ist. Hierher gehören insbesondere die Fälle der §§ 1665—1667 und in beschränktem Umfange auch des § 1640 B. G.-B. Kraft besonderer Bestimmung sind die Vereinbarungen und Auseinandersetzungen nach §§ 97, 99 und die Dispache nach § 158 des Gesetzes über d. A. d. fr. G. zu vollstreckbaren Schuldtiteln im Sinne der C.-P.-O. erhoben. Reichsrechtlich ist im Gebiete der Vormundschaft nach §§ 1670, 1694, 1760, 1788, 1837, 1915 die Erzwingung gerichtlicher Anordnungen normiert, auch kann nach § 54 des R.-G. vom 17. Mai 1898 die sofortige Vollstreckung der Sicherheitsleistung nach §§ 1844, 1915, 1693 B. G.-B. ausgeführt werden. Im übrigen ist gerade in unserer Materie die Bestimmung des Umfanges staatlicher Zwangsgewalt dem Landesrecht überlassen, letzteres ist nur an § 33 des R.-G. vom 17. Mai 1898 gebunden,

wonach bei zulässigen Ordnungsstrafen der Festsetzung der Strafe eine Androhung vorausgehen muss, die einzelne Strafe kann den Betrag von 300 Mark nicht übersteigen. Das Landesrecht hat seine Zwangsgewalt nunmehr auf die denkbar allgemeinsten Grundlagen gestellt, so können Handlungen, deren Vornahme, Unterlassung oder Duldung jemandem durch behördliche Verfügung auferlegt ist, durch Ordnungsstrafen erzwungen werden, wie dies u. a. Art 15 preuss. A.-G. z. G. f. G., Art 31 des hess. A.-G. bestimmen. Nach den Motiven des hessischen Rechtes sind die Ordnungsstrafen zur Erzwingung von Anordnungen nach §§ 1665—1667 zulässig. Kann die Vornahme der betreffenden Handlungen durch einen Dritten erfolgen, so ist nach hess. A.-G. Art. 34 § 887 Abs. 1 u. 2 der C.-P.-O. für anwendbar erklärt, das Gericht kann von Amts wegen einen Dritten zur Vornahme der Handlung ermächtigen, auch mit Ordnungsstrafen und unmittelbarem Zwange vorgehen. Ist die Durchführung der Anordnung mittelst unmittelbarer Gewalt ausgeschlossen, so kann nach den Motiven die Vornahme der Handlung durch einen Dritten z. B. bei der Errichtung eines Inventars oder eines Vermögensverzeichnisses in Frage kommen. Auch § 892 C.-P.-O., welcher die Hülfe des zur Gewaltanwendung berechtigten Gerichtsvollziehers vorsieht, ist für anwendbar erklärt, behufs Erzwingung der gleichen Anordnung können Zwangsmittel verschiedener Art nach einander angewandt werden. Art. 36 hess. A.-G. betrifft den seither in vielen Rechtsgebieten nur im Rechtswege verfolgbaren Anspruch auf Herausgabe einer Person oder Sache, der hier zu seiner Durchführung im Falle einseitiger behördlicher Anordnung mit den Machtmitteln eines unmittelbaren polizeilichen Zwanges und der hinter der Ladung zum Offenbarungseid stehenden Haftstrafe versehen ist. Nach den Motiven in der Ausgabe von Ministerialrat Dr. Best (bei Diemer in Mainz, Bd. II S. 34) kommen hier die Fälle der Herausgabe nach §§ 1635 [1], 1636, 1666 [1], 1838, 1631 Abs. 2

B. G.-B. u. a. in Frage. Es ist begreiflich, dass die weitgehenden Machtmittel des neuen Rechtes, insbesondere auf vormundschaftlichem Gebiete, dem Richter zur Verfügung stehen, gerade in der ersten Zeit mit der denkbar grössten Vorsicht angewandt werden, zumal hier die Schwierigkeiten der Uebergangszeit in Betracht kommen. So hat man z. B. in den meisten Gebieten, in denen deutschrechtliche ehegüterrechtliche Vorschriften die Verwaltung und den Niessbrauch der Eltern am Kindesvermögen auch nach dem 1. Jan. 1900 infolge Ueberleitung des Güterstandes bestimmten, an einer Vollstreckung nach dem nur für die Verwaltung kraft elterlicher Gewalt geltenden § 1640 B.G.-B. Abstand genommen, da die Anwendung zweifelhaft war. Erst der Umweg der Erzielung eines vollstreckbaren Titels seitens des nach § 1035 B. G.-B. zu bestellenden Pflegers gab der behördlichen Vollziehung die rechtliche Unterlage. Wenn im übrigen auch das Vollziehungsrecht aus §§ 1665—1667 nur als argumentum e contrario nach § 1670 B. G.-B. gehalten wird, so ist besondere Vorsicht im neuen Landesrechte auch da erforderlich, wo die §§ 880—890, 892 C.-P.-O. zum Bestandteil der landesrechtlichen freiwilligen Gerichtsbarkeit gemacht wurde. Das Reichsgericht hat in Bd. XXVIII S. 424 die Beitreibung der nach § 888 C.-P.-O. erkannten Strafe für unzulässig erklärt, im Falle die Vollstreckbarkeit auch nur einstweilen aufgehoben worden sei, während SCHNEIDER in der Zeitschrift für deutschen Civilprozess Bd. XXVI S. 448 ff. andererseits mit guten Gründen darauf hinweist, dass in der Entscheidung „durch die zu starke Betonung des privatrechtlichen Endzweckes bei dem gerichtlichen Verfahren ein sehr erheblicher Verstoss gegen die Autorität des öffentlichen Rechtes, insonderheit des mit Strafverhängung vorgehenden Staatsorgans begangen ist“. Auch das Strafurteil wegen Diebstahls oder Betrugs, das im Dienste des Privatrechtsschutzes stehe, wirke präventiv und falle nicht weg, wenn der Betroffene nachträglich entschädigt werde. Auch

derjenige, der gegen die vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils verstosse, verfalle endgültig der Strafgewalt des Staates, der sein Strafrecht nicht aufgebe, wenn das zu schützende Privatinteresse nachträglich wegfalle. Da auch im Vormundschaftsrecht die Verletzung des alsbald vollstreckbar gewordenen Gebots der Behörde den staatlichen Strafanspruch hervorruft, kann letzterer nur da von der neuen landesrechtlichen Zwangsgewalt nachträglich beseitigt werden, wo die Strafbestimmung der C.-P.-O. umgewandelt ist in ein besonderes vormundschaftliches Ordnungsstrafrecht oder die Aufhebung besonders zugelassen ist, sonst wäre nur Erlass im Gnadenwege möglich.

3. Insoweit die Anfechtung obervormundschaftlicher Genehmigungsakte in Frage steht, darf, wie schon in Abschnitt II dieser Abhandlung betont, der Charakter eines Rechtsgeschäftes nicht angenommen werden; wer die entgegenstehende Ansicht des Reichsgerichts in Bd. XXV S. 281 und die der Motive zum B. G.-B. Bd. IV S. 1183 billigt, muss, wie Rausnitz in seinem Aufsatze: Nachlassregulierung in Bd. XXV S. 188 Anm. 17 der Zeitschr. für die Civilpr. mit Recht bemerkt, eine Anfechtung einer Verfügung des Oberlandesgerichts wegen Rechtsirrtums dieses Gerichts nach § 119 B. G.-B. vor dem zuständigen Amtsgericht im Prozesswege für möglich halten.

Das Rechtsmittel im Gebiete der Vormundschaft ist, wie auch Schultzenstein in der Zeitschr. für die Civilpr. Bd. XXV S. 189 bestätigt, ein eigenartiges subjektives Beschwerderecht, entstanden aus der Mischung der verschiedenen Ansichten, die schon seither hierüber in Preussen bestanden. So finden sich nebeneinander das Beschwerderecht des Verletzten nach § 20 ^{1} F.-G.-G., die Popularbeschwerde nach § 57 ^{9}, die besondere Beschwerde gewisser dem Mündel nahestehenden Personen nach §§ 57 $^{1, 3, 4, 5, 7, 8}$, die Befugnis des Minderjährigen oder Mündels nach § 59, des Antragstellers nach §§ 20 ^{2}, 57 $^{2, 6}$ und des Interessierten nach § 57 $^{1, 3}$. Ist die beantragte

besondere Normierung der Popularklage formell auch nicht zum Gesetz erhoben, so ist doch der Umfang des Beschwerderechts beinahe nicht mehr zu umgrenzen. Damit ist aus dem Gesichtspunkte einer im öffentlichen Interesse beabsichtigten Rechtskontrole zur Stärkung der Centralisation der Staatsgewalt dem Einzelnen eine Fähigkeit verliehen, „welche in der Regel im modernen Staate den zur Wahrung der Rechtsordnung berufenen Staatsorganen zukommt“ [54].

Bei diesem im übrigen juristisch nicht leicht erfassbaren Beschwerderechte, dessen schuldhafte Nichtausübung die Voraussetzung für die Befreiung der Haftung des obervormundschaftlichen Beamten nach § 839 [3] B. G.-B. bildet, ist es verständlich, wenn man die Entscheidung über die Frage der Haftbarkeit in der Gegenwart nur für erschwert hält.

Ist auch insoweit ein unverkennbarer Fortschritt vorhanden, als an Stelle des landesrechtlichen öffentlichen Rechtes die Einheit des Rechtes nach §§ 839, 1848 B. G.-B. erreicht ist, als rechtstheoretische Bedenken, ob sich der Anspruch an das Organ oder seinen schuldhaft handelnden Träger richtet, nicht mehr in Frage kommen, als das neue Recht in vollster Konsequenz ein Amtsrecht zu Gunsten Dritter inbesondere des nicht als Objekt, sondern als Subjekt der staatlichen Wohlfartspflege erscheinenden Pflegebefohlenen ausspricht, so kann doch die bemerkte Regelung der Haftung und die Art ihrer Einschränkung gerade in der Gegenwart kaum in befriedigender Weise beurteilt werden.

Die Reichstagsverhandlungen haben im Gegensatze zur Vorlage der Regierung den Ausschluss des Ersatzanspruchs auf das Erfordernis der Schuld als Grundlage der Unterlassung beschränkt und damit die Entscheidung dem subjektiven Ermessen des Einzelnen in die Hand geben wollen. Man hat hierbei nicht

---

[54] Jellinek, System S. 68.

berücksichtigt, dass der einsichtige, mitten im praktischen Leben stehende Jurist bei dem kaum noch zu überblickenden Heere von Gesetzen, Verordnungen und Anweisungen des neuen Rechtes in einem zweifelhaften Falle sich nie vermessen wird, im Besitze der unfehlbaren, allein richtigen Ansicht gewesen zu sein und dass hiernach nicht schon derjenige entschuldbar handelt, der sich vor der „Autorität des Beamten“ beugte (Reichst.-Komm.-Ber.) und deshalb allein das Rechtsmittel unterliess. Andererseits ist die auch jetzt noch haltbare im Gebiete des alten Rechtes herrschende Auffassung von der Tendenz frei, den Umfang der gegebenen Verantwortung durch die einseitige Begünstigung aller aus Rechtsunkenntnis oder Irrtum erwachsenden Folgen zu vergrössern. So hat selbst die Gefahr unrichtiger Rechtsmittel gegen formell unrichtige Entscheidungen seither nach Ansicht des Reichsgerichts der Einzelne zu tragen und im Strafrecht ist es nicht dem Einzelnen gestattet, sich auf die Autorität eines behördlichen, gerade zum Zwecke strafrechtlicher Sicherstellung erteilen Rates zu verlassen. „Neben der Thätigkeit der Behörde muss eine solche des Pflichtigen bestehen, welche bezweckt, sich über die Richtigkeit der von der Behörde oder auf den Rat und die Belehrung der Behörde von ihm selbst getroffenen Stempelberechnung Gewissheit zu verschaffen[55]“. Wer endlich die grosse Steigerung an obervormundschaftlicher Verantwortung heute bemisst und die Ansicht von PLANK, Komment. z. B. G.-B. § 1848 S. 599 Bd. IV 2. Aufl. vernimmt, dass in den persönlichen Rechtsbeziehungen der Ehegatten (§§ 1357, 1358) des ehelichen Güterrechts (§§ 1379, 1402, 1447, 1451, 1487, 1519, 1525, 1549, 1550) zwar eine ausdrückliche Bestimmung fehle, dass aber „zweifellos“ auch hier § 1848 „entsprechend“ gelte, wird nur billig urteilen, wenn er Bedenken trägt, die Verschärfung der Haftung des Vormundschaftsrichters anzuerkennen

---

[55] R.-G. Bd. I S. 158.

für das neue ihm zugewiesene Gebiet richterlicher güterrechtlicher Entscheidung, da insoweit der Gedanke eines Spruchrichters nach § 839 [2] nicht ohne weiteres ablehnbar ist. Gerade hier zeigt sich der Konflikt der richterlichen Sonderstellung mit einer rechtlich schwerlich als reine Verwaltung zu bezeichnenden und doch als Verwaltung für die Haftungsfrage angenommenen Thätigkeit.

4. Zur Vervollständigung des neuen Bildes ist im einzelnen noch Folgendes zu erwähnen:

a) Kraft besonderer Vorschrift ist die Unzulässigkeit der Anfechtung im Rechtswege nach §§ 1847 [3], 1877 anzunehmen.

b) Bei der weitgehenden obervormundschaftlichen Gewalt wurde ein besonderer Ausspruch in dem Kommiss.-Prot. Bd. IV S. 795 für nötig erachtet, dass die Zwangsvollstreckung in keiner Weise von dem Vormundschaftsrecht eingeengt sei. Ansprüche Dritter auf Veräusserung und Belastung von Mündelgut sind hiernach nicht abhängig von der Erfüllung besonderer Erfordernisse vormundschaftlicher Art.

c) Auch im neuen Rechte wird der Vormundschaftsrichter in Gemässheit der altrechtlichen Rechtsprechung den Entscheidungen des Prozessrichters die Wirkung versagen dürfen, wenn er ihre Anwendung vom Interessenstandpunkt des Mündels verneinen kann. Das rechtskräftige Urteil steht hier in seiner Wirkungslosigkeit dem der Vormundschaft entgegenstehenden privatrechtlichen Dispositionsakt gleich.

d) Die nach § 1844 dem Vormund auferlegte Sicherheit braucht kein Urteil zu ihrer Erzwingung, sofortige eigene Vollstreckungsgewalt ist in Gemässheit öffentlich-rechtlicher Befugnisse der Behörde zulässig[56].

---

[56] Zustimmend: Engelmann in der Zeitschrift: „Das Recht“ Bd. I 1900, S. 19, a. A. Böhm, Vormundsch. S. 105, Schultzenstein-Köhne, Vorm.

e) Auch im Gebiete der „einstweiligen Verfügungen“ ist die Frage, ob der Prozess- oder Vormundschaftsrichter solche erlassen hat oder zum Erlasse zuständig war, entscheidend für die Art des Rechtsmittels, des Rechts- oder Beschwerdewegs. In dem vom Offizialprinzip beherrschten Entmündigungsverfahren ist z. B., wie dies die neueste Judikatur bestätigt, der Prozessrichter nach § 940 C.-P.-O. nicht zuständig, sondern nur der Vormundschaftsrichter nach § 1666 B. G.-B., dem zu diesem Zwecke auch die Mitteilungen nach §§ 657, 680 III C.-P.-O. zu machen sind. Hiernach ist der an sich nach § 942 C.-P.-O. gegebene Rechtsweg ausgeschlossen. Mitteilungen im gleichen Sinne seitens des Prozessrichters an das Vormundschaftsgericht sind nach § 627 [3] und § 630 C.-P.-O. vorgeschrieben, da in diesen Fällen allein dem Vormundschaftsrichter das Einschreiten nach §§ 1635 ff., 1699 obliegt. Dies ist auch nunmehr durch reichsgerichtliches Urteil vom 3. Juli 1900 (Zeitschr. für Rechtspflege in Braunschweig 1900 S. 160) anerkannt.

f) Abgesehen von diesen besonderen Streitfragen darf für die familienrechtlichen Streite des neuen Rechtes der Ausschluss des Rechtswegs selbst in Zweifelsfällen als Absicht des Gesetzgebers, der eine sofortige Regelung im öffentlichen Interesse gewollt hat, unterstellt werden. Für die Feststellungsklagen zwischen Eltern und Kindern nach § 640 C.-P.-O. hat das Verfahren in Ehesachen allerdings als Vorbild gedient, jedoch ohne Beeinträchtigung der öffentlich-rechtlichen Qualität dieser Streitsachen, wie dies das Offizialprinzip und die Mitwirkung der Staatsanwaltschaft zeigt.

g) Bei der Stärke des der Behörde zur Verfügung stehenden Vollstreckungszwanges darf in Zweifelsfällen die Begründung eigener vollziehender Gewalt insbesondere in den Rechts-

S. 182, No. 3, Schmidt, Vormundschaft über unehel. Kinder, Dresden 1889, S. 70.

verhältnissen zu Dritten nicht extensiv interpretiert werden. So sind Ansprüche auf Herausgabe eines Kindes in dem speziellen Falle des § 1632 B. G.-B. im Rechtswege zunächst zu verfolgen, sofortige vormundschaftliche Vollstreckung scheint nicht zulässig.

Hiernach ist auch im neuen Rechte der Vormundschaftsrichter in der überwiegenden Anzahl der Fälle seiner Thätigkeit Interessenvertreter, Partei, nicht Richter. Dieser vorherrschende Charakter der Stellung hat die Uebertragung der sog. Konsensstreite unter Ehegatten an das Vormundschaftsgericht besonders befürwortet, wenn man auch hierbei übersah, dass reine streitige Rechtsfragen demnächst mitzuentscheiden sind. Liegen solche nicht vor, dann kann allerdings die Entscheidung durch die Beantwortung einer nach Zweckmässigkeitsrücksichten bestimmbaren Bedürfnisfrage erfolgen.

Mit dieser Absicht des Gesetzgebers ist auch die Möglichkeit einer landesrechtlichen Organisation vereinbar, welche die Funktionen des Vormundschaftsgerichts einer Verwaltungsbehörde überträgt, da eben in der vorwiegenden Anzahl aller Fälle nur das öffentliche Interesse wahrzunehmen ist. Der zu Gunsten der landesrechtlichen Organisationsmöglichkeit gemachte Vorbehalt ist daher nur nach dem äusserlichen Momente ein Posten „in der Verlustliste des deutschen Einheitsgedankens“ [57], bei näherer Untersuchung des Verfahrens und der inneren Absichten des Gesetzes tritt die mit dem Zeitgeiste im Zusammenhang stehende Tendenz hervor, den durch den ordentlichen Prozess begünstigten Formalismus im Recht im Interesse der Ehe zu beseitigen und an seine Stelle die unter Umständen sofort wirksame staatliche Hülfe bei dem Vollzug von Rechtsgeschäften zu setzen. Damit kehrt man allerdings aus rechtspolitischen Gründen zu der heute nicht einwandsfreien Stellung des alten preussischen Gesetzgebers Svarez zurück. Letzterer äusserte sich

---

[57] So Kauffmann in s. Rede S. 731, St. V. des Reichstags a. a. O.

in seinem Schlussbericht zu § 72 A. L.-R. Bd. II S. 2 wörtlich: „In diesen und ähnlichen in der Folge vorkommenden Fällen hat man die Erörterungen bei dem vormundschaftlichen Gericht der Verweisung an den ordentlichen Richter vorgezogen, weil bei ersterem die Sache glimpflicher, stiller und mit weniger Geräusch und Aufsehen abgemacht und geschlichtet werden kann, als coram judice ordinario, wo sie bald die Gestalt eines förmlichen Prozesses gewinnt, dergleichen man unter Eheleuten, Eltern und Kindern möglichst vermeiden muss.“ Hier reichen sich die alte und moderne Auffassung die Hand trotz der einschneidenden Gegensätze, die im übrigen die Lage zur Zeit der Entstehung des Landrechtes und die Gegenwart in Bezug auf Lebensverhältnisse, Rechtsanschauungen, Gerichtsverfassung und Richterstellung trennen.

Literatur.

Oscar Schanze, Das Recht der Erfindungen und der Muster. Leipzig, Rossberg'sche Hofbuchhandlung, 1899.

Das vorliegende Werk ist ausserordentlich interessant und ich kann es nur den weitesten Kreisen empfehlen. Der Verf. hat ein eigenartiges Geschick, die im modernen Industrierechte so wichtigen Begriffe der Erfindungen der Muster und Modelle intensiv zu fassen, ich möchte fast sagen, mit chemischem Talente zu zergliedern, in ihre einzelnen Bestandteile aufzulösen und dann wieder zu vereinigen. Die sämtlichen im Werke vereinigten Abhandlungen zeugen von einer ausgezeichneten theoretischen wie praktischen Beherrschung des Stoffes und von einem sehr bemerkenswerten Talente, die auftretenden Fragen an die allgemeinen Wissensgebiete anzulehnen. Aus der Fülle der behandelten Gebiete verweise ich beispielsweise auf den Unterschied zwischen Erfindung und Entdeckung, auf die Brauchbarkeit der Erfindung, auf ihre gewerbliche Verwertbarkeit, auf die Neuheit (bei Erfindungen und Mustern). Auf Einzelheiten kann ich hier unmöglich eintreten. Die von SCHANZE publizierten und zum Teil neugedruckten „Untersuchungen" sind geeignet, die Freude am modernen Industrie-Rechte zu schaffen und zu erhöhen. Einer Notiz, welche die Stelle des sonst üblichen Vorwortes versieht, ist zu entnehmen, dass vom Verf. weitere Bände in Aussicht stehen. Diese literarische Perspektive ist lebhaft zu begrüssen.

Zürich. Prof. Meili.

Walter Schelcher, Geh. Regierungsrat und vortragender Rat im kgl. sächs. Ministerium des Innern, Das Telegraphenwege-Gesetz vom 18. Dezember 1899. Uebersichtlich dargestellt und erläutert. Ergänzungsheft (I) zu Fischer's Zeitschrift Bd. 21. Leipzig, Rossberg & Berger, 1900. IV, (I) und 94 S.

Mit Hülfe eingehender Berücksichtigung der Materialien wie vergleichender Betrachtung verwandter Rechtsbegriffe versucht der Verf. mit gutem

Erfolge dem nicht zweifelsfreien Sinne des Gesetzes im ersten Teile seiner Schrift gerecht zu werden. Er giebt dabei ein anschauliches Bild von der Entwicklung der einzelnen Bestimmungen beim Werdegang des Gesetzes in der Hand der gesetzgeberischen Körperschaften, ohne hierbei näher auf die Vorgeschichte des Gesetzes einzugehen, als es die Begründung des Entwurfes selbst für notwendig hält.

Der zweite, wissenschaftlich besonders wertvolle Teil hebt den Kern des Gesetzes, die Frage nach dem Wesen des Benutzungsrechtes der Telegraphenverwaltung an öffentlichen Verkehrswegen und Privatgrundstücken hervor, indem er die Beziehungen des neugeschaffenen Rechtsgebildes zum öffentlichen und bürgerlichen Rechte kennzeichnet und beurteilt. Wie wertvoll gerade die Sonderbehandlung dieser Hauptfrage ist, so giebt doch die Anwendung des Gesetzes gewiss bald Veranlassung, sich über einige Nebenfragen Klarheit zu verschaffen, deren Behandlung der Verf. unterlassen hat. Dies gilt namentlich von dem Verhältnis des § 5 zum § 12 des Reichstelegraphengesetzes, dessen Eigenart ja gerade den Anstoss zum Erlass des Telegraphenwegegesetzes gebildet hat. Auch wäre es bei den kritisierenden Ausführungen für die Klarlegung der politischen Bedeutung des Gesetzes wohl angezeigt gewesen, darauf ausdrücklich hinzudeuten, dass der Gesetzgeber damit eigentlich nur die endliche Erfüllung der Wünsche herbeigeführt habe, welche von seiten der bedeutendsten Stadtverwaltungen und Vertretern der elektrotechnischen Grossindustrie bereits bei den Verhandlungen über den Telegraphengesetzentwurf dringend erhoben worden waren. Hatten doch erst wiederholte Niederlagen vor den Gerichten die Telegraphenverwaltung veranlasst, sich nach gesetzlichem Schutz für ihre Ansprüche auf ein Telegraphenregal umzusehen, ohne sich zugleich bereit finden zu lassen, in eine umfassende Ordnung der Rechtsverhältnisse zu willigen, welche nunmehr Gegenstand des Telegraphenwegegesetzes bilden. Auch jetzt liess die Verwaltung sich erst durch verlorene Prozesse nötigen, eine gesetzliche Klärung ihrer Rechte durch den Gesetzgeber herbeiführen zu lassen.

Den Schluss der Schrift bildet ein Abdruck des Telegraphenwegegesetzes selbst sowie der bis Mitte 1900 erlassenen reichs- und sächsischrechtlichen Ausführungsverordnungen.

Berlin. G. Maas.

Dr. jur. **Bruno Schmidt,** Privatdozent an der Universität Heidelberg, Der schwedisch-mecklenburgische Pfandvertrag über Stadt und Herrschaft Wismar. Leipzig, Duncker und Humblot, 1901. 85 S.

Verf. hatte bereits 1894 in seiner Doktordissertation „Ueber einige Ansprüche auswärtiger Staaten auf gegenwärtiges deutsches Reichsgebiet“

neben anderen den Wismarer Fall behandelt, dem er jetzt auf Grund eines Vortrages eine besondere monographische Behandlung zu teil werden lässt. Die Arbeit ist zum kleineren Teile juristischen, zum grösseren politischen Inhaltes. Zunächst erörtert Verf. den Vertrag von 1803, der Wismar vorbehaltlich eines Wiedereinlösungsrechtes nach 100 Jahren an Mecklenburg verpfändete, und erklärt diesen Vertrag als fortdauernd verbindlich, also auch das schwedische Wiedereinlösungsrecht für rechtsbeständig. Die zweite grössere Hälfte ist der Darlegung gewidmet, dass die Rückforderung im Jahre 1903 unwahrscheinlich, für Schweden selbst unvorteilhaft, die Rückerstattung andrerseits für Deutschland eine politische Unmöglichkeit sei. Den Ausführungen des Verf. über die fortdauernde Verbindlichkeit des Vertrages von 1803 muss man zum mindesten höchst skeptisch gegenübertreten. Verf. giebt selbst zu, dass der Vertrag in staatsrechtlichen Anschauungen wurzelt, die denen der Gegenwart nicht mehr entsprechen, eben der patrimonialen Auffassung von Land und Leuten als Gegenständen des privatwirtschaftlichen Verkehrs. Er muss daher den Verkauf umdeuten in einen Kaufvertrag mit Vorbehalt des Rückkaufes. Der Nachweis würde nicht schwer sein, dass angesichts der Wandlung der staatsrechtlichen Verhältnisse dem Vertrage überhaupt keine Verbindlichkeit mehr innewohnt. Es handelt sich eben um eine Doktorfrage, bei der man nach der einen oder anderen Richtung seinen juristischen Scharfsinn zeigen kann. Insoweit wäre die Arbeit des Verf. eine harmlose Spielerei. Was soll man aber dazu sagen, dass er über 40 Seiten mit ganz ernsthafter Miene der politischen Unwahrscheinlichkeit und Unmöglichkeit der Rückabtretung widmet und dabei alle möglichen Eventualitäten erörtert? Eine einzige Zeile hätte genügt und wäre auch noch überflüssig gewesen. Verf. sagt selbst, die Tagespresse hätte von seiner Doktordissertation geurteilt, ihre Erörterungen wirkten erheiternd. Das ist etwas hart. Aber schädlich im höchsten Masse kann es wirken, wenn dem Auslande gegenüber in Deutschlaud solche angeblichen Ansprüche noch ernsthaft besprochen werden. Das Verdienst des Verf. wäre noch grösser, wenn die Schrift ungedruckt geblieben wäre.

Berlin. Conrad Bornhak.

Fr. Kretzschmar, Handbuch des preussischen Schulrechts. Leipzig, C. E. M. Pfeffer, 1899. 336 S.

„Möglichst viel in möglichster Kürze zu möglichst billigem Preise" stellt der Verf. selbst als Programm seines Buches in der Vorrede auf. Fragt man, inwieweit der Verf. sein Ziel erreicht hat, so muss die Antwort lauten: „Qui trop embrasse, mal éteint." Eine zusammenfassende Darstellung des preussischen Schulrechtes, das zum grossen Teile in der Verwaltungspraxis zum Ausdrucke kommt, war gewiss ein Bedürfnis. Die grossen Sammelwerke von Wiese für das höhere, von Schneider und

von Bremen für das niedere Schulwesen sind eben weiteren Kreisen zu schwer zugänglich. Verf. hätte sich aber dann dem Titel entsprechend auf das Schulwesen beschränken sollen. In dem Streben nach Vollständigkeit zieht er aber alles herein, was nur entfernt an Unterricht anklingt. Ein Beispiel genüge. Unter den Fortbildungs- und Fachschulen figuriert in demselben Kapitel wie die Gefängnisschulen auch die Kriegsakademie. Freilich erfährt man dem Programme möglichster Kürze entsprechend von ihr nichts anderes, als dass sie unter dem Chef des Generalstabes steht, und eine Reihe von Kabinetsordres für sie massgebend sind. Die paar Seiten über die Universitäten bilden eine gänzlich unzureichende Kompilation einzelner Bestimmungen, deren Inhalt zum Teil falsch wiedergegeben ist, wie z. B. nicht die Professoren der Rechte überhaupt, sondern nur die ordentlichen zum Richteramte befähigt sind. Die höheren wissenschaftlichen Bildungsanstalten gehören überhaupt in ein „Schulrecht" nicht hinein. Oder sollen sich etwa die Abschnitte über Züchtigungsrecht, Kinder- und Jugendrecht auf die Offiziere der Kriegsakademie und auf Studenten beziehen? Besser gelungen ist dem Verf. die Darstellung des eigentlichen Schulrechts. Allerdings sind auch hier einzelne allgemeine Rechtsausführungen nicht ohne Bedenken, wie z. B. über die „zeitweise" Ausserkraftsetzung von Verfassungsartikeln durch die Maigesetzgebung, die Erörterung von Anträgen auf „Suspendierung" der Verfassungsartikel über das Unterrichtswesen, während diese bekanntlich durch die Verfassungsurkunde selbst suspendiert sind. Aber die Darstellung des Schulwesens selbst giebt doch wenigstens ein erschöpfendes und klares Bild des bestehenden Rechtszustandes, namentlich auch in Bezug auf das Lehrziel und die sonstigen inneren Verhältnisse der Schulen. Nach dieser Richtung dürfte der Verf. sein Ziel, ein allgemein verständliches Handbuch zu liefern, im wesentlichen erreicht haben. Wie den Inhalt, so hat er sich aber eben auch den Kreis seines Publikums zu weit gezogen. Wenn er für den Lehrer zuerst, vom Dorfschullehrer bis zum Universitätsdozenten schreiben will, so ist es nicht nur geschmacklos, sondern auch eine Verkennung der wahren Verhältnisse, beide in eine Reihe zu stellen. Mit demselben Rechte könnte ein Handbuch der öffentlichen Sicherheit die Verhältnisse der Sicherheitsbeamten von den Gendarmen bis zu den Reichsgerichtsräten erörtern wollen. Bei einer neuen Auflage wird es sich empfehlen, wenn der Verf. möglichst viel streicht und an Stelle des bisherigen Programms sich das Ziel steckt „non multa, sed multum". Denn in der Beschränkung zeigt sich erst der Meister. Dann kann das Buch noch ganz brauchbar werden.

Berlin. Conrad Bornhak.

Dr. **August Sturm**, königl. Notar und Rechtsanwalt zu Naumburg a. S., Revision der gemeinrechtlichen Lehre vom Gewohnheitsrecht unter Berücksichtigung des neuen deutschen Reichsrechts. Leipzig, Duncker & Humblot, 1900. VIII und 291 S. M. 7.—.

Es sind nicht neue Wege, die der Verf. mit der vorliegenden Arbeit betreten hat. Schon mit mehreren Vorarbeiten ist er in eine Erörterung der Lehre vom Gewohnheitsrechte eingetreten. Er begann 1876 mit seiner Doktordissertation „Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit", es folgten später die Arbeiten über „Gewohnheitsrecht und Irrtum" und „Recht und Rechtsquellen" (1883). Die jetzt erschienene Schrift soll die Untersuchungen des Verf. auf diesem Gebiete zu Ende führen und nach seinen eigenen Worten in dieser schwierigsten Frage die eingeschlagene neue Bahn bis zum letzten möglichen Ziele verfolgen.

Programm und Ziel seiner Untersuchungen hat der Verf. selbst angedeutet mit den beiden Mottos, die er auf das Titelblatt setzt: „Durch die historische Schule hindurch, über die historische Schule hinaus", und „Die allgemeine Rechtslehre giebt uns heute nur eine neue Rechtspsychologie".

Nachdem Verf. in einem einleitenden Paragraphen das Rechtsgefühl als Ausgangspunkt und Ende seiner Lehre hingestellt hat, behandelt er zunächst die bisher vertretenen Ansichten vom Gewohnheitsrechte. Es kommt dabei namentlich in Betracht die Zurückführung des Gewohnheitsrechtes auf den Willen des Gesetzgebers, den Willen des Volkes, die Ueberzeugungstheorie der historischen Schule, die theologische Begründung STAHLS etc. Indem Verf. hier eine erschöpfende Darstellung aller wichtigeren Lehren vom Gewohnheitsrechte giebt, verbindet er damit eine Kritik, die trotz aller Anerkennung der Verdienste der historischen Schule doch im wesentlichen das Unzureichende der bisherigen Auffassungen nachzuweisen sucht.

Den neuen und richtigen Weg, auf dem das Problem des Gewohnheitsrechtes überhaupt gelöst werden kann, glaubt Verf. gefunden zu haben in der Rechtspsychologie. Unter Verwerfung jeder philosophischen oder sonst ausserhalb der Rechtswissenschaft liegenden Erklärung wird die Geltung des Gewohnheitsrechtes zurückgeführt auf einen dem Menschen angeborenen Trieb, das Rechtsgefühl. Verf. fasst seine Lehre selbst zusammen in den Sätzen:

1. Die Uebenden bindet an ihre eigene Uebung das Rechtsgefühl.

2. Die Nichtübenden bindet an die Rechtsübung der Uebenden dasselbe Rechtsgefühl.

3. Das so entstandene Uebungsrecht gilt überall ohne Hinderung als Recht, wo es da ist.

4. Das Gesetz ist die abgeleitete Rechtsform; aus der Uebung, dem Gesetzgeber zu gehorchen, entstanden und gehalten von demselben Rechtsgefühl.

5. Jedes Gesetz kann durch Uebungsrecht aufgehoben werden.

Es lässt sich nicht leugnen, dass die geistvollen Ausführungen des Verf., aufgebaut auf einer reichen Literaturkenntnis, die Lehre vom Gewohnheitsrechte nach den mannigfachsten Richtungen fördern. Besonders gilt das von dem ersten Teile, der der Kritik der bisherigen Lehren gewidmet ist.

Aber die positiven Ergebnisse, zu denen der Verf. gelangt, bieten doch schwerlich eine befriedigende Lösung. Gewiss werden durch die Zurückführung des Gewohnheitsrechtes auf das Rechtsgefühl manche Schwierigkeiten überbrückt, insbesondere findet die Frage eine Antwort, wieso die Nichtübenden an die Uebung als Recht gebunden sein sollen. Aber eine wesentliche Seite des Rechtes wird dabei vollständig übersehen, die der Macht. Das ist besonders nach der sozialen Richtung wichtig. Alles Recht ist stabilierte Machtordnung. Wenn gewohnheitsrechtlich die bäuerlichen Dienste zu gunsten der Gutsherren stetig gesteigert wurden, war es da etwa das Rechtsgefühl der Bauern, das sie zu immer grösseren Leistungen bestimmte, das Rechtsgefühl der Gutsherren, das diese immer mehr fordern liess? Mit dem Gefühl ist es eine eigene Sache. Gewiss ist das Gefühl nicht bloss individuell, es giebt ein Gesamtgefühl in engeren und weiteren Kreisen. Aber gerade wo gegensätzliche Interessen durch die Rechtsordnung gegen einander abgegrenzt werden, kann von einem auf Rechtsgefühle beruhenden Rechte nur die Rede sein, wo die Abgrenzung allseitig als gerechter Ausgleich empfunden wird. Das kann der Fall sein, aber es muss leider nicht so sein.

Bei aller Anerkennung des Buches wird man daher nicht zu dem Ergebnisse gelangen können, dass der Verf. das Problem des Gewohnheitsrechtes, wie er es selbst beabsichtigte, endgiltig gelöst hat. Wohl aber hat er manchen wertvollen Baustein zu dem grossen Werke herbeigeschafft.

Berlin. Conrad Bornhak.

Dr. jur. F. **Damme**, Reichsgesetz betreffend die Patentanwälte vom 21. Mai 1900. Für den praktischen Gebrauch systematisch dargestellt. Berlin, Otto Liebmann, 1900. VIII, 196 S.

Wenn auch die Auslegung des im vorliegenden gehaltvollen Buche behandelten Gesetzes nicht besondere Schwierigkeiten bietet, so besteht doch die Notwendigkeit, Lücken desselben, die sich insbesondere in Fragen des Verfahrens fühlbar machen, zu ergänzen. Zu diesem Zwecke zieht der Verf. mit glücklicher Hand die Vorschriften anderer Gesetze heran. Fast durchwegs ist ihm hiebei zuzustimmen; nur bezüglich einzelner der von ihm für die Wiederaufnahme des ehrengerichtlichen Verfahrens aufgestellten Grundsätze ist dies nicht der Fall. Das gilt insbesondere für den Satz, dass eine

Wiederaufnahme des Verfahrens zu gunsten des Verurteilten nur erfolgen könne, wenn die neuen Beweise die Freisprechung, nicht auch wenn sie nur eine mildere Bestrafung zu begründen geeignet wären. Muss hier an den grossen Unterschied in der Schwere der Strafe zwischen der Löschung in der Liste der Patentanwälte und selbst der höchsten Geldstrafe erinnert werden?

Mit Recht charakterisiert der Verf. die rechtliche Stellung des Patentanwalts dahin, dass dieser Gewerbetreibender, gleichzeitig aber auch Organ der Rechtspflege sei. Allerdings nicht selten überwiegt die Eigenschaft als Organ der Rechtspflege. Die schwere Ahndung des „unwürdigen Verhaltens" beweist dies am besten. Unter Heranziehung der Judicatur des rechtsanwaltschaftlichen Ehrengerichtshofes präcisiert der Verf. in reicher Kasuistik den Begriff des unwürdigen Verhaltens eines Patentanwalts. Es ist sicherlich zutreffend, wenn der Verf. hiebei die für den Rechtsanwalt anerkannten Grundsätze nicht schlechtweg für den Patentanwalt gelten lassen will, sondern hinsichtlich der erforderlichen Würde des Verhaltens diesem eine Mittelstellung zwischen jenem und einem organisierten Gewerbetreibenden einräumt. Nur will es uns scheinen, dass Verurteilung zu einer Zuchthausstrafe oder Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte stets „die Achtung verletzen, welche der Beruf des Patentanwalts erfordert", und mithin stets von der Eintragung in die Patentanwaltsliste ausschliessen.

In dem „die begrifflichen Voraussetzungen für den Beruf des Patentanwalts" behandelnden Abschnitte erklärt der Verf. auf Grund des zweiten Satzes des § 1 als Voraussetzung für die Eintragung in die Liste, dass der Gesuchssteller berufsmässige Vertretung vor dem Patentamte für eigene Rechnung betreibe und verlangt unter Umständen den entsprechenden Nachweis. Er übersieht hiebei, dass das Gesetz nur vom „vertreten wollen" spricht, dass mithin die Frage, ob der Gesuchsteller schon zur Zeit seines Ansuchens für eigene Rechnung thätig sei, gar nicht in Betracht kommen kann; thatsächlich wird ja der um die Eintragung in die Liste Ansuchende (von der Uebergangszeit abgesehen) nur selten das Vertretungsgeschäft schon für eigene Rechnung betreiben. Dabei sei hervorgehoben, dass das Gesetz darin allein, dass der eingetragene Patentanwalt nicht für eigene Rechnung die Vertretung vor dem Patentamte besorgt, einen Grund zur Löschung in der Liste nicht erblickt, und dass auch der Verf. diesen Löschungsgrund mit Recht nicht kennt.

Der Verf. verlangt beim Ansuchen um Eintragung in die Liste den Nachweis des Alters, wenn dasselbe dem Patentamt nicht bereits bekannt ist. Aber es ist wohl stets der Nachweis des vollendeten 25. Lebensjahres sowie des Wohnsitzes im Inland beizubringen, nicht auch der der unbeschränkten Verfügungsfähigkeit über das Vermögen, obzwar auch dieser Nachweis etwa durch ein Zeugnis des Personalgerichtsstandes unschwer zu erbringen wäre. Jene Nachweisungen erscheinen nämlich deshalb notwendig,

weil trotz der Fassung des § 2 jenes Alter und der Wohnsitz im Inlande positive Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Eintragung in die Liste sind, während die mangelnde Verfügungsfähigkeit über das Vermögen und das unwürdige Verhalten nur als Ausschliessungsgründe in Betracht kommen können. Das Gesetz zählt ja selbst im § 16 das vollendete 21. Lebensjahr in gleicher Linie mit den erforderlichen Kenntnissen als Voraussetzung für die Eintragung als ständiger Vertreter eines Patentanwalts auf.

Es kann endlich dem Verf. nicht beigestimmt werden, wenn er die Uebergangsbestimmungen (§§ 20, 21) jenen Personen nicht zu gute kommen lässt, welche zwar seit dem 1. Januar 1899 das Vertretungsgeschäft vor dem Patentamte berufsmässig betrieben haben, aber theils für eigene Rechnung, theils als Angestellte für fremde Rechnung. Eine solche Entscheidung wäre sicherlich nicht im Geiste des Gesetzes gelegen. Auch erblickt die Entscheidung der Prüfungskommission für Patentanwälte vom 9. November 1900 (Blatt für Patent-, Muster- und Zeichenwesen VI S. 362f.) mit Recht die Bedeutung der Bestimmung des 1. Januar 1899 als Anfangstermins der Berufsthätigkeit in den §§ 20, 21 darin, dass einerseits eine „Person, welche sich auf die Uebergangsbestimmungen berufen will, mindestens 21 Monate das Vertretungsgeschäft betrieben haben muss“ und dass andererseits „der Besitzstand derjenigen Personen gesichert werden (soll), welche zur Zeit des Inkrafttretens des Gesetzes das Vertretungsgeschäft berufsmässig, sei es auf eigene Rechnung, sei es für fremde Rechnung, betreiben“. Beide Voraussetzungen — Dauer des Betriebes und Besitzstand — sind in dem in Rede stehenden Fall vorhanden und es wäre eine unbegründete Härte, die Begünstigung des § 20 wie die des § 21 zu versagen, lediglich deshalb, weil dieser Fall unter den Wortlaut weder des § 20 noch des § 21 gebracht werden kann. Gewiss könnte es in einem solchen Falle einem Gesuchsteller nicht freistehen, nach Belieben § 20 oder § 21 für sich anzurufen. Aber gegenüber der Frage, ob ihm ein Schutz überhaupt gebühre, bleibt es eine Frage von nur untergeordneter Bedeutung, welche der beiden Uebergangsbestimmungen ihm zu gute kommen soll. Diese Frage kann ja von der zur Entscheidung berufenen Prüfungskommission nach festen Kriterien, etwa nach dem Stande am 1. Oktober 1900 oder nach Verhältnis der Dauer der Berufsthätigkeit für eigene zu der für fremde Rechnung ohne besondere Schwierigkeit gelöst werden.

Durch den Widerspruch gegen die angeführten Punkte soll aber dem Buche die Anerkennung nicht verkürzt sein, die es wohl verdient.

Prag. Privatdozent Dr. Emanuel Adler.

Lexikon des deutschen Strafrechts, nach den Entscheidungen des Reichsgerichts zum Strafgesetzbuche zusammengestellt und herausgegeben von Dr. **M. Stenglein,** Reichsgerichtsrath a. D. Berlin, O. Liebmann, 1900. 2 Bde., zusammen 1926 S.

Die Sammlung enthält die Urteile, wie sie in den ersten 30 Bänden der „Entscheidungen des Reichsgerichts", den 10 Bänden der „Rechtssprechung des Reichsgerichts" und in 14 Bänden des „Archivs für Strafrecht" veröffentlicht wurden, nach dem Gegenstande lexikalisch geordnet. Von den einzelnen Urteilen ist nur das Wesentliche der Entscheidungsgründe wiedergegeben, das wichtigste davon mit den Worten des Urteils selbst, überall der betreffende Paragraph des Strafgesetzbuches übersichtlich angegeben und, wo nötig, der Sachverhalt, der dem Urteil zu Grunde liegt, in gedrängter Kürze vorausgeschickt; zu noch grösserer Bequemlichkeit sind am Schlusse 4 äusserst handliche Register beigegeben.

Dass das alles in denkbar bester Weise zusammengestellt wurde, dass die Auszüge aus den Urteilen wirklich das Wichtigste und Wesentliche enthalten und dass alles so verlässlich als nur möglich wiedergegeben ist, dafür bürgt der Name des verehrten Verf.; eine Nachprüfung des Wertes der Auszüge wäre daher überflüssig, auch schwer durchzuführen und endlich doch nur subjektive Auffassung darüber, was wichtig ist, zu Tage fördernd. Ebenso überflüssig wäre ein Nachsehen auf die Vollständigkeit der Stichworte: fehlte eines, so hat sich die betreffende Rechtssprechung eben nicht damit befasst; kurz, dass Stenglein das beste geleistet hat, was in der fraglichen Richtung zu leisten war, das wird niemand in Zweifel ziehen. Was zu erörtern wäre, ist nur die grundsätzliche Frage, ob es geraten schien, die Verwertung der höchstgerichtlichen Entscheidungen noch bequemer zu gestalten, als dies ohnehin der Fall war, und so den Richter fast anzuweisen, thunlichst oft einfach nach dem aufgeschlagenen Muster zu entscheiden. Ich will nicht oft gebrauchte Schlagworte anwenden: vom Schablonisieren, Schematisieren, Einschachteln und Einzwängen der Fälle, vom Ersparen des eigenen Nachdenkens, dem Verzichten auf sorgfältiges, wenn auch mühsameres Studieren der einschlägigen wissenschaftlichen Litteratur und wie sonst noch die Gefahren einer allzu häufigen und faulen Anwendung und Ausnutzung der Judikatensammlungen genannt werden — es möchte nur im allgemeinen auf das Verhältnis hingewiesen werden, in welchem das Arbeiten des Richters mit Zuhilfenahme von höchsten Entscheidungen zu den heutigen Tendenzen steht. Auch hier gilt in erster Linie der tausendmal citierte Satz: „Wir strafen den Verbrecher und nicht das Verbrechen", — die Judikate handeln aber hauptsächlich von letzteren und können den ersteren kaum im Auge haben. Dies ergiebt sich schon aus der ganzen Anlage, die eine Judikatensammlung haben muss, die alles „Unwesentliche" beiseite lässt und zu diesem in erster Linie alle Persönlichkeiten zählen wird: die Personen, um die es sich handelt, sind der A

und der B und der C. Und wenn ich über den Begriff des Einschleichens beim Diebstahl oder den der Gesamtstrafe oder den des Thatbestandes bei der Begünstigung theoretisch nachdenke, so ist es mir auch selbstverständlich vollkommen gleichgiltig, ob es sich um einen oft abgestraften Gewohnheitsverbrecher oder ein in Not befindliches sonst höchst anständiges Mädchen handelt — ich begnüge mich mit A, B und C. So ist es aber nicht in der Praxis, welche keinen grösseren Schaden nehmen kann, als wenn man sich gewöhnt hat, die Angeklagten als A, B und C zu behandeln. Vollgemacht wird aber das Mass des Unziemlichen, wenn ein Judikat als Muster herangezogen wird, bei welchem, für den fraglichen Fall mit vollem Rechte, Momente weggelassen wurden, die dort wirklich gleichgiltig, heute aber sehr wesentlich wären; dann kann vielleicht sogar die juristische Qualifikation Schaden leiden, wenn scheinbar Gleiches in dieselbe Form gepresst werden will. — Zu dieser Gefahr einer mangelhaften oder ganz unterlassenen Individualisierung der Fälle kommt noch ein zweites Moment. Die Stabilisierung einer Rechtssprechung ist um so sicherer und durchgreifender, je länger sie dauert, je älter das Gesetz wird; die Herrschaft des deutschen Reichsstrafgesetzes ist aber trotz allen Rufens nach Revision und Neubearbeitung zweifellos noch eine lange dauernde. Ebenso hat es mit dem österreichischen neuen Strafgesetze noch seine gute Weile, trotzdem das heute geltende nur die auch schon ein halbes Jahrhundert alte revidierte Ausgabe des ein volles Jahrhundert alten Gesetzes ist. Dieser Umstand einerseits und die mangelnde Lust, sich mit diesem wankenden Strafgesetze wissenschaftlich zu befassen, veranlasst die österreichischen Juristen, sich mit den deutschrechtlichen Arbeiten, also auch mit der Judikatur, fast ebenso zu beschäftigen, wie die Deutschen selbst. Ein neues Strafgesetz ist aber für die nächste Zeit weder für Deutschland noch für Oesterreich zu erwarten; man sieht ein, dass die Frage um die Verantwortlichkeit und Zurechnungsfähigkeit, um den Strafzweck und ein modernes Strafensystem noch unbeantwortet ist, dass alle Hände aber damit befasst sind und dass über diese wichtigsten Grundlagen vielleicht doch Einigung erzielt werden wird. Niemand zweifelt daran, dass die Forschungen der heutigen Kriminologie, Kriminalanthropologie, -psychologie, -sociologie, -statistik und die Arbeiten über die Realien des Strafrechts unbedingt in einem modernen Strafrecht Verwendung finden müssen, sie sind aber im Augenblick noch nicht so weit, um verwertet werden zu können. Nicht besser steht es mit dem besonderen Teile. Ein Kapitel über die politischen Delikte kann heute kein Mensch zeitgerecht schreiben und das bestgeschriebene wäre heute in keinem Parlament, namentlich im österreichischen, durchzubringen: eine Partei würde es gewiss zum Falle bringen. Ebenso sind im Augenblicke die Schreier, welche gar keine Religionsdelikte im Strafgesetze haben wollen, noch nicht zum Schweigen gebracht, die unumgänglichen Vorarbeiten für die Frage der unnatürlichen Unzucht sind noch nicht gemacht, über die Sittlichkeitsdelikte im allgemeinen

gehen eben die Meinungen völlig auseinander — kurz, in diesen Widerstreit einerseits und die fröhliche, emsige Arbeit andererseits mit einem neuen Strafgesetz dreinfahren zu wollen, wäre vielleicht unmöglich, sicher aber im höchsten Grade unklug. In einiger Zeit wird Klarheit und Grundlage für ein neues Gesetz in modernem Sinne geschaffen sein, freilich tauchen dann wieder andere Fragen auf, aber so gährend und schaffend und suchend wie jetzt war es noch nie, so wird es später auch nicht sein. Nie aber wäre ein Erstarren und Festwerden der Praxis gefährlicher als eben jetzt, nie ist der Satz schädlicher: „Hat es die oberste Stelle fünfmal so gemacht, so machen wir es auch ein sechstesmal so, und so werden wir es immer machen, wenn der Fall auch nur äusserlich und ungefähr passt." — Hiemit soll aber der Wert des grossartigen Werkes STENGLEIN's nicht angegriffen sein, es soll nur nicht dem Richter beim Rechtsprechen, sondern dem Richter und jedem Kriminalisten beim Studium dienen. Nichts ist anregender, belehrender und erweiternder als das Studium praktischer Fälle mit ausgezeichneten Entscheidungen; nichts wahrt die Theorie so sehr vor wertlosen Grübeleien, nichts zeigt das Leben so deutlich, nichts hebt die Fehler und Lücken im Gesetze so schroff hervor, nichts ermöglicht selbständiges, förderndes Denken so lebhaft, als dieses Studium, und wer dasselbe erleichtert, vielleicht vielen erst ermöglicht, der hat den Juristen und ihrer Wissenschaft eine Wohlthat erwiesen; STENGLEIN sagt, sein Buch sei aus der Praxis für die Praxis bestimmt — wahren Segen wird es bringen, wenn es dient: aus der Praxis für die Theorie.

Hanns Gross.

Dr. **Josef Hollweck**, Professor des kanonischen Rechts und der Kirchengeschichte am bischöflichen Lyceum in Eichstätt, Die kirchlichen Strafgesetze. Mainz, Franz Kirchheim, 1899. XLI u. 386 S.

Das Buch beabsichtigt, zugleich der Wissenschaft des kanonischen Strafrechts zu dienen und „für die Anwendung des Strafrechts den Männern der kirchlichen Praxis das Wünschenswerte zu bieten". Zu dem Ende wird der Stoff „nach Art der modernen Gesetzbücher" in kurze Paragraphen verarbeitet, deren Zusammenstellung ein Seitenstück zu unserem Reichsstrafgesetzbuch bildet. Auch dessen Ausdrucksweise wird vielfach nachgeahmt. Dann folgt ein ausführlicher Kommentar zu dem also gewonnenen kirchlichen Strafgesetzbuch, der zum Vergleich mit OPPENHOFF, OLSHAUSEN u. s. w. einlädt.

Verf. verwahrt sich mit Recht gegen Bemerkungen, deren Urheber „weder den Standpunkt der Kirche noch den des katholischen Theologen zu würdigen wissen". Ein richtiges Verständnis des Buches ist in der That nur unter diesem Gesichtspunkte möglich. Das zeigt sich gleich in der Ab-

handlung über das kirchliche Strafrecht im allgemeinen, die als Einleitung vorausgeschickt ist. Hier wird namentlich mit SOHM streng ins Gericht gegangen und im Gegensatz zu ihm festgehalten, dass die Rechtsordnung „für das Heil der Seelen selbst ein notwendiges Mittel ist". Darum muss die Kirche dieselbe aufrechterhalten durch Strafe. In der Gegenwart wäre „eine etwas straffere Handhabung der Strafgewalt" wünschenswert.

Gleich zu Anfang des Kommentars (S. 66 Note 4) kommt denn auch ein kleiner Zusammenstoss mit HINSCHIUS. Dieser hatte das delictum ecclesiarticum bezeichnet als eine Verletzung der von der Kirche aufgestellten Rechtsnorm. Verf. bemerkt, das sei unrichtig; denn die Rechtsnorm kann sowohl ein göttliches als ein kirchliches Gesetz sein. Das ist von seinem Standpunkt aus ganz ausser Zweifel. Aber andererseits wird er doch zugeben müssen, dass für einen Juristen, der nicht unter dem Dogma steht, auch das jus divinum Rechtsnorm nur ist, weil die Kirche es als solche anerkannt und gesetzt hat. Man muss sich eben gegenseitig verstehen.

Das Buch ist jedenfalls sehr lehrreich. Gar manche Frage unseres öffentlichen Lebens erhält darin ihre eigenartige Beleuchtung. O. M.

Dr. **Josef Hollweck,** Professor des Kirchenrechts und der Kirchengeschichte am bischöflichen Lyceum in Eichstätt, Das Civileherecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Mainz, Franz Kirchheim, 1900. 264 S.

Der Gegenstand soll hier dargestellt werden „im Lichte des kanonischen Eherechts"; das giebt dem Buch seinen ausgeprägten Charakter. Verf. wendet sich scharf gegen die Versuche, den Gegensatz zu verschleiern, wie sie seines Erachtens in der „Kölnischen Volkszeitung" und in der „Stimme aus Maria Laach" zu Tage getreten sind. Mit Recht behauptet er, dass dem katholischen Standpunkt damit nicht gedient ist, dass man aufstellt, das Bürgerliche Gesetzbuch „ordne nur die rechtliche, die bürgerliche Seite der Ehe". Gerade das Rechtsgeschäft und seine Rechtswirkungen nimmt die Kirche für sich in Anspruch: „denn der Vertrag macht das Sakrament durch die Hervorbringung des Rechtsverhältnisses existent und dieses selbst ist das Sakrament der Ehe."

Inwieweit ist Civilehe, d. h. staatlich geordnete Lebensgemeinschaft zwischen Mann und Weib überhaupt zulässig? Es besteht „unter den katholischen Theologen Kontroverse, ob der Staat berechtigt sei, für die Ungetauften ein Eherecht zu schaffen". Verf. meint: es müsse unterschieden werden zwischen dem status naturae purae und dem status naturae elevatae, sed lapsae. „Nach dem Sündenfall hörte für Adam und Eva auch an sich das Recht auf, das natürliche Leben fortzupflanzen, denn es würde nur die

massa damnata vermehrt haben.“ Erst durch die Erlösung wurde dem Menschen dieses Recht wiedergegeben. Die Ehe hängt also aufs innigste mit der übernatürlichen Ordnung zusammen. „Sie steht darum der legitimen Autorität auf religiösem Gebiete primär zur Ordnung zu.“ Wo für einen Kreis von Menschen eine solche legitime Autorität nicht besteht, wie bei Heiden, oder nicht anerkannt wird, wie bei Protestanten, mag der Staat als „nächstbeteiligter Interessent“ die Ehe ordnen. Nur soll er auch hiebei das Wesen der Ehe und ihre Unauflöslichkeit zur Richtschnur nehmen.

Bemerkenswert sind namentlich auch die Folgerungen, welche Verf. für das von den Katholiken zu beobachtende Verhalten zieht. Da wird insbesondere bezüglich der Eheschliessung hervorgehoben: „Den Katholiken ist erlaubt, um grössere Uebel zu vermeiden, als Standesbeamte zu fungieren“ aber wo eine Eheschliessung kirchlich nicht zulässig wäre, müssen sie ihre Mitwirkung versagen. „Die Katholiken können vor dem Standesbeamten, um grösseren Uebeln auszuweichen, den verlangten Konsens sich geben,“ aber sie sollen wissen, „dass sie in gar keinem Fall bei der Erklärung vor dem Standesbeamten den inneren und ernsten Willen haben dürften, jetzt eine Ehe zu schliessen. Sie können nur ganz äusserlich als reine Ceremonie . . . die geforderte Erklärung abgeben“ (S. 79). Die Scheidung macht natürlich besondere Schwierigkeiten: der katholische Ehegatte darf sie nicht verlangen, der Rechtsanwalt nicht betreiben, der Richter nicht aussprechen (S. 84). Doch meint der Verf.: „um grössere Uebel zu vermeiden, um es dem Katholiken nicht unmöglich zu machen, ein Richteramt oder eine Advokatur zu bekleiden“, könnte man am Ende Nachsicht üben, wenn nicht bei den Advokaten, die ja immer ablehnen können, so doch bei den Richtern: „non sunt inquietandi judices catholici“ würde, wie er hofft, gegebenen Falles die römische Entscheidung lauten.

Bei Betrachtung der einzelnen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches kommt Verf. auf diese Fragen zurück. Auch die Zulassung der „uneigentlichen Scheidung“ nach § 1575 hilft dem Katholiken nicht viel, weil der andere Teil immer eine wirkliche Scheidung daraus machen kann; dazu darf er wieder nicht die Hand bieten. Deshalb schliesst das Buch mit dem Satze: „Der Katholik befindet sich dem Eherecht des Bürgerlichen Gesetzbuches gegenüber dauernd in misslicher Lage.“ O. M.

A. von Kirchenheim, a. o. Professor der Rechte in Heidelberg, Kirchenrecht für deutsche Theologen und Juristen. Bonn, A. Marcus & E. Webers Verlag, 1900. 407 S.

Das Buch bildet den sechsten Teil der bei der Verlagsfirma erscheinenden Sammlung theologischer Handbücher. Es will wohl auch dem „juristi-

schen Studenten“ und dem „juristischen Praktiker“ dienen. Aber in erster Linie ist es doch für deutsche evangelische Theologen bestimmt. Wie soll man für diese Kirchenrecht schreiben? Die Frage ist nicht so einfach. Man hat die Lösung schon darin gesucht, dass man sich bemühte, die Sache so unjuristisch als möglich zu behandeln. Beispiele wären leicht anzuführen. Im Gegensatze dazu möchte es sich lohnen, die rechtswissenschaftliche Behandlungs- und Denkweise hier mit derselben Rücksichtslosigkeit durchzuführen, wie wir das an Profangegenständen zu thun gewohnt sind. Verstehen würden das unsere Theologen ganz gut, man darf ihnen in dieser Beziehung wohl etwas zumuten, und interessieren müsste es sie ausserordentlich. Wenn sie sich stossen an der harten Weltlichkeit, die ihnen da entgegen gehalten wird, so würde es leicht sein, sich mit ihnen zu verständigen auf Grundlage des bekannten Satzes: Recht und Religion passen eben von Natur nicht zusammen.

Es giebt noch mancherlei Wege, diese Aufgabe mit Erfolg zu lösen. Auch der vom Verf. eingeschlagene scheint mir ein recht gangbarer zu sein. Man kann ihn vielleicht kurz dahin kennzeichnen: der Verf. verzichtet durchaus nicht darauf, Jurist zu sein, aber er sucht den Theologen entgegenzukommen und ihnen angenehm zu sein. Damit will ich nicht sagen, dass eine störende Absichtlichkeit irgenwie zu Tage trete. Es ist nichts Gemachtes, der Verf. schreibt nach seiner Art. Aber diese Art hat entschieden eine besondere Geneigtheit, Theologen zu gefallen, ist für sie voll von captationes benevolentiae.

Dahin rechnen wir vor allem die leichte flüssige Darstellungsweise, „zuweilen die Mitte haltend zwischen Lehrbuch und Vortrag“, wie der Verf. in der Vorbemerkung selbst angiebt.' Das ist auch für ein juristisches Publikum nichts übles. Theologen müssen es aber besonders angenehm empfinden, wenn die strenge Schwesterwissenschaft in so menschlichem Gewande vor sie hintritt. Dass diese Darstellung nicht belastet wird mit der Erörterung der schweren juristischen Probleme, die das Kirchenrecht bietet, ist nur folgerichtig. Der Verf. kennt sie ja und hat seinen Standpunkt. Für seinen Zweck genügt es, die Ergebnisse zu bieten. Der Theologe braucht nicht zu merken, wie sauer uns da manches wird. Die Arbeit um die allgemeinen Rechtsbegriffe und um ihre geschichtliche Entwicklung ist ihm minder wichtig. Der gemeinsame Boden mit seinen Interessen findet sich am ersten im Nachweis der praktischen Brauchbarkeit juristischer Erkenntnisse. Diese zu geben ist dem Verf. hauptsächlich angelegen. Sein Buch hat in hohem Grade die Eigenschaft der „Aktualität“. Eine ganze Reihe von gerichtlichen Entscheidungen, die in neuerer Zeit Aufsehen erregten, über Beleidigungssachen, Störung des Religionsfriedens, Prozessionen u. dgl. wird ausführlich behandelt.

Was aber am meisten in die Augen fallen muss, das ist die ausgeprägte Parteifarbe, die das Buch trägt. Verf. vertritt darin einen sehr streitbaren

Protestantismus. Das wird auch vom streng wissenschaftlichen Standpunkt aus nicht von vornherein verworfen werden können. Mit dem Kirchenrecht ist es ja eine ganz eigene Sache. Nur ein unkirchlicher Schriftsteller wird hier ganz frei seinem Stoffe gegenüber stehen. Ob er aber dann geeignet wäre, ihm gerecht zu werden, ist die Frage. Ein kirchlich gesinnter verliert zwar, wie die Dinge einmal sind, sofort die volle Unparteilichkeit. Das wird man in den Kauf nehmen müssen. Es ist ja Brauch, hier bei den Litteraturangaben ganz unbefangen katholische und protestantische Verfasser zu unterscheiden, so sehr setzt man voraus, dass dies für die Art, wie der Stoff behandelt wird, nicht gleichgiltig sei. Unter dem Einfluss der historischen Schule hat man sich redlich bemüht, den Mantel der Objektivität über diese Gegensätze zu breiten. Im vorliegenden Falle wird darauf verzichtet. Der Verf. giebt geradezu ein Handbuch protestantischer Polemik für alles, was mit kirchenrechtlichen und kirchenpolitischen Fragen zusammenhängt, und hat sichtlich eine Freude daran, den Gegner, den Katholizismus, recht scharf zu treffen. In manchem geht er dabei wohl zu weit, so z. B. wenn er sogar den elenden Hödel den Jesuiten an die Rockschösse hängen will (S. 50).

Das alles ist mehr äusserlicher Natur. Der Hinblick auf sein theologisches Publikum leitet den Verf. aber auch in der Art, wie er die Rechtsideen selbst zum Ausdruck bringt. Diese erhalten einen religiösen Anstrich. Das Religiöse muss selbstverständlich hier den Boden geben, auf welchem alle juristischen Erscheinungen stehen. Man kann so wenig ein Kirchenrecht schreiben, ohne die Dogmen der Kirche zu berücksichtigen, wie ein Handelsrecht, ohne etwas vom Handelsverkehr zu wissen. Gegen die zahlreichen Citate aus der heiligen Schrift würden wir deshalb nichts einzuwenden haben. Bemerkenswert scheint uns nur, dass das Juristische hier in besonders engen Zusammenhang mit dem Religiösen gebracht wird; es geht unmittelbar aus diesem hervor als sein Erzeugnis oder steht mit seinen Ordnungen geradezu in einer Reihe damit. Um ein Beispiel zu geben: das vierte Buch behandelt „die Verwaltung der Kirche“, gemeinsam für Katholiken und Protestanten; Kap. II „das Aemterwesen“ § 78 ist dann überschrieben „die Stellenbesetzung“. Hier erscheinen denn folgende Stufen: Christus bestellte seine Jünger nur durch sein Wort. Im apostolischen und nachapostolischen Zeitalter werden die Kleriker durch das Volk gewählt. In der mittelalterlichen Kirche ist die Ernennung ein Recht der Bischöfe. Die Reformatoren sind wieder für die Wahl u. s. w. Hat Christus wirklich Aemter geschaffen und Stellen besetzt? Bei dieser Anknüpfungsweise sieht es so aus. Man würde dem Verf. unrecht thun, wenn man sagen wollte, er habe diese Zusammenstellung nicht ernsthaft gemeint. Er sagt schon S. 55: „Das erste Amt (der örtlichen Gemeindeverfassung) ist das von Christus unmittelbar eingesetzte der Apostel.“ Es steckt in der That eine juristische Grundauffassung dahinter. Er kennt für beide Kirchen ein „jus divinum“;

insbesondere: „Predigt und Pfarramt sind juris divini“ (S. 205). Als „Entstehungsquelle“ des Rechtes nennt er die Offenbarung, beurkundet in der heiligen Schrift als „Erkenntnisquelle“ (S. 14). Das letztere wird nachher (S. 16) für die evangelische Kirche abgeschwächt: die heilige Schrift „enthält die Grundlagen alles Rechts, aber keine unmittelbar anwendbare Rechtssätze“, sie ist nicht „i. e. S. Rechtsquelle“, d. h. Erkenntnisquelle des Rechts. Das Verhältnis der Offenbarung zu den anderen Entstehungsquellen des Rechts, die vorher als solche hervorgehoben worden waren: Gesetz und Gewohnheit (S. 14), wird dadurch etwas unklar. Aber die Hauptsache bleibt bestehen: es geht auch im Religiösen juristisch zu. Das stimmt zu einzelnen Anwendungen, wie die eben erwähnten. Aber — dem Verf. wird das nicht angenehm sein — uns will es scheinen, als sei das eher katholische Denkweise.

Im einzelnen wäre wohl manches einzuwenden. Jedenfalls das wird man diesem Lehrbuch des Kirchenrechts nicht abstreiten können, dass es seinen eigenen Charakter hat. O. M.

F. Geigel, kaiserl. Regierungsrat a. D., Reichs- und reichsländisches Kirchen- und Stiftungsrecht. Strassburg, F. X. Le Roux & Cie., 1899 u. 1900. 2 Bde., 448 u. 144 S.

Das Werk bildet eine Neubearbeitung von des Verf. französischem und reichsländischem Staatskirchenrecht, welches 1884 erschienen und seit einiger Zeit vergriffen ist. Dieses hatte sich als ein recht brauchbares Buch erwiesen. Wo die partikularrechtliche Litteratur des Kirchenrechts aufgezählt wird, pflegt es Elsass-Lothringen in dieser Hinsicht zu vertreten. Das ältere Werk, Dursy's Staatskirchenrecht, das man wohl daneben erwähnt findet, ist eine sehr mangelhafte Leistung und kommt wissenschaftlich überhaupt nicht in Betracht.

Um den Bedürfnissen des Publikums entgegenzukommen, hat der Verf. sein Buch in drei Teile zerlegt, die einzeln käuflich sind. Der erste bezeichnet sich in der Ueberschrift (S. 11) als „Erster oder allgemeiner Teil“, auf dem Titelblatt richtiger als: „Gemeinsamer Teil für Katholiken, Protestanten und Israeliten“, auf dem Umschlag dagegen als: „Des Bürgerlichen Gesetzbuches öffentliches Recht, sowie für Katholiken, Protestanten und Israeliten gemeinsames Kirchenrecht“. Es wird in diesem Teil namentlich die Lehre von den juristischen Personen behandelt, soweit sie die Kirche angehen, und von ihren vermögensrechtlichen Beziehungen. Der Verf. berücksichtigt in eingehender Weise die dafür massgebenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. So erläutert sich der soeben erwähnte Zusatz auf dem Umschlag, der an sich einen sehr unharmonischen Eindruck macht.

Der zweite Teil giebt sodann: „Reichsländisches und französisches Kirchenrecht für Katholiken, verglichen namentlich mit Belgien, Luxemburg, Holland und den Rheinlanden"; der dritte ebenso das Kirchenrecht für Protestanten und Juden.

Wenn man dem Buch gerecht werden will, darf man sich nicht abschrecken lassen durch das unvorteilhafte Aeussere. Der Verf. hat es sich zur Aufgabe gesetzt, möglichst viel Stoff auf möglichst wenig Raum zusammen zu pressen. In diesem Sinne hat er sogar von seiner Druckerei den Wegfall jedes Zwischenraumes unter der Inhaltsangabe der Seite erkämpft (dreimal erwähnt: I S. 128, I S. 272, II S. IV), was für das Auge etwas störend wirkt. In den überreichlich gegebenen Anmerkungen wimmeln die Citate mit den denkbar knappsten Abkürzungen. Die Verweisungen des Textes auf die Anmerkungen und dieser untereinander kreuzen sich in einer Weise, dass man erst nach einiger Uebung sich zurecht finden lernt. Das war schon in der ersten Auflage eine Eigentümlichkeit des Buches, jetzt hat sie sich noch beträchtlich gesteigert. In diesen Anmerkungen liegt geradezu der Schwerpunkt. Man hat manchmal den Eindruck, als sei der Text nur dazu da, um an seine einzelnen Worte diese Noten mehr oder weniger geeignet anzuhängen.

Die Fülle des auf solche Weise behandelten Stoffes hat Verf. dadurch vermehrt, dass er seine Aufgabe sehr weit fasst. So wird beispielsweise im ersten Teil sorgfältig berücksichtigt, inwieweit die Strafgesetzbuchbestimmung über groben Unfug kirchlichen Dingen Schutz gewährt: S. 27 Note 46, S. 29 Note 47b (wer vor einer Prozession seinen Hut nicht zieht, „könnte wegen Unfugs bestraft werden"), S. 55 Note 5b, S. 56 Note 12, S. 196 Note 17. Im zweiten Teil S. 279 wird noch einmal nachgetragen: „O.-L.-G. Münch. 26. VI. 91, Bl. St.-A. 63 S. 83: Grob. Unf. ist Juden mit Wanzen vergleichender Zeitungsart." — Im zweiten Teil finden wir S. 327 die Seitenüberschrift: „Stadt Rom bleibt italienisch!" Das scheint sich auf die S. 324 und 325 gegebenen Ausführungen zurückzubeziehen, wonach der Vatikan von der italienischen Annexion überhaupt nicht betroffen, sondern ein selbständiges „vatikanisches Fürstentum" geblieben ist wie Monaco und Lichtenstein. Verf. verlangt deshalb (S. 325 Note 4b), „beim römischen Stuhl sollte das Reich eine Gesandtschaft unterhalten". Womit zu vergleichen von Kirchenheim in dem vorhin besprochenen Buch S. 65 („unlogisch", „unwürdig", „Charakterlosigkeit"); die Standpunkte sind eben sehr verschieden. — Um auch aus dem dritten Teil ein Beispiel zu bringen, so erörtert Verf. S. 94ff. eingehend ein von ihm aufgestelltes Projekt der „Angliederung" der reichsländischen Reformierten an die Augsburger Kirche. Dabei würden zum Teil recht interessante Fragen auftauchen; nur kann man das nicht gerade zum bestehenden reichsländischen Kirchen- und Stiftungsrechte zählen.

Gerade derartige Abschweifungen sind bezeichnend für die Arbeits-

weise des Verf. Er kann an keiner Frage vorbeigehen, sondern wirft sich sofort darauf, ob sie zum Thema gehört oder nicht, und behandelt sie mit Eifer und redlichem Bemühen. Solcher Bienenfleiss spricht aus dem ganzen Buch. Und er ist sicherlich nicht umsonst aufgewendet. Sind auch die Grazien leider ausgeblieben, so ist doch eine überaus reichhaltige Materialiensammlung zu stande gekommen. Der Praktiker, wenn er einmal sich hineingefunden hat, wird sie mit Vorteil benutzen, und auch der Wissenschaft vermag sie erhebliche Dienste zu leisten. O. M.

Aufsätze.

Eine staatsrechtliche Neubildung.

Von

Landgerichtsrath KULEMANN in Braunschweig.

Im Herzogthum Braunschweig besteht bekanntlich seit dem am 18. Okt. 1884 erfolgten Tode des Herzogs Wilhelm eine Regentschaft. Nachdem auf Grund des Regentschaftsgesetzes vom 16. Febr. 1879 zunächst ein aus den drei Mitgliedern des Staatsministeriums, dem Oberlandesgerichtspräsidenten und dem Präsidenten des Landtages bestehender Regentschaftsrath die Regierung geführt hatte, wurde am 21. Okt. 1885 vom Landtage der Prinz Albrecht von Preussen zum Regenten gewählt, der diese Wahl angenommen und durch Patent vom 2. Nov. 1885 die Regentschaft angetreten hat. Während noch im Jahre 1887 bei den Reichstagswahlen im ganzen Herzogthume etwa 600 welfische Stimmen abgegeben wurden, hat sich die welfische Bewegung unter dem Einflusse einer verkehrten Regierungspolitik und des wenig zur Erweckung von Sympathien geeigneten Verfahrens der preussischen Regierung insbesondere in der Ordnung des Eisenbahnwesens seitdem stark entwickelt, zumal nachdem die beiden welfischen Parteien (Brunoniapartei und Landesrechts-

partei), die sich früher befehdeten, in ein Freundschafts- und Bündnissverhältniss getreten sind, sodass 1897 allein in dem ersten Wahlkreise über 5000 welfische Stimmen abgegeben wurden.

Während Seitens der Regierung nicht allein über die Stellung des Regenten und insbesondere sein Verhältniss zu dem Herzoge von Cumberland, dem zur Nachfolge berufenen Thronerben, absichtlich der Schleier des Geheimnisses gezogen, sondern gelegentlich sogar eine Ausdrucksweise angewandt ist, als ob der Regent selbst Landesherr sei, suchen begreiflicher Weise die Welfen einer Verdunkelung des Rechtsverhältnisses vorzubeugen. Ein Mittel hierfür bietet ihnen das Kirchengebet. Während in allen deutschen Staaten, in denen Regentschaften bestehen, also in Bayern, Koburg-Gotha, Lippe und bis vor Kurzem auch in Mecklenburg, neben dem Regenten auch für den verhinderten Landesherrn gebetet wird, kennt das durch Kirchengesetz vom 14. Aug. 1893 angeordnete braunschweigische allgemeine Kirchengebet eine Fürbitte nur für den Regenten. Eingaben des Grafen von der Schulenburg an das Konsistorium und den Regenten vom 7. Febr. 1892 und 28. Jan. 1894, in denen um Aenderung gebeten wurde, waren abschlägig beschieden, und so hatten denn die beiden vereinigten welfischen Parteien sich an die jetzt tagende Landessynode mit der Bitte gewandt, dahin zu wirken, dass in das Kirchengebet eine Fürbitte für den Herzog von Cumberland und dessen Haus eingeschaltet werde.

Dass die Synode zuständig war, hierüber eine Entscheidung zu treffen, konnte nicht bestritten werden. Der Einwand, dass es den Bittstellern nicht um ein kirchliches Interesse, sondern um politische Agitation zu thun sei, wurde theils als nicht begründet, theils als nicht ausschlaggebend angesehen, und so stand die Synode vor der Aufgabe, Stellung zu einer Frage zu nehmen, die einerseits eine erheblich politische Bedeutung hatte, andererseits aber ohne die schwierigsten staatsrechtlichen Erörterungen nicht zu lösen war. Nach Staats- und Kirchenrecht hat der Landes-

herr einen Anspruch auf kirchliche Fürbitte. Ist also der Herzog von Cumberland Landesherr, so ist die erhobene Forderung prima facie begründet. Allerdings ist er an der Ausübung der Regierung verhindert, aber nach der von allen Staatsrechtslehrern vertretenen und durch die Praxis der genannten Staaten bestätigten Auffassung werden hierdurch nur die aktiven Regierungsrechte berührt, nicht die passiven sog. Majestätsrechte, zu denen der Anspruch auf kirchliche Fürbitte gehört. Hält man dennoch dafür, dass dieser Anspruch im vorliegenden Falle ausgeschlossen sei, so muss man einen Sondercharakter der braunschweigischen Regentschaft behaupten, und so sehr es dem natürlichen Gefühle entspricht, dies zu thun, so ist es offenbar nicht leicht, hierfür durchschlagende Gründe zu finden.

In meiner Eigenschaft als Referent der kirchenrechtlichen Kommission fiel mir die Aufgabe zu, mir über die bezeichnete Frage ein Urtheil zu bilden, und da ich bei meinen Studien zu der Ansicht gelangte, dass die braunschweigische Regentschaft in der That eine höchst interessante staatsrechtliche Neubildung darstellt, so entspreche ich gern dem von der Leitung dieser Zeitschrift geäusserten Wunsche, den von mir erstatteten Bericht hier in seinen wichtigsten Theilen wiederzugeben, indem ich zugleich zu einigen bei der Verhandlung von gegnerischer Seite geltend gemachten Einwendungen Stellung nehme. —

I. Der Ausgangspunkt der Untersuchung ist der allgemein anerkannte Satz des Staatsrechts und Kirchenrechts, dass der Landesherr einen Anspruch darauf hat, im Kirchengebete durch besondere Fürbitte berücksichtigt zu werden (Schulze, Deutsches Staatsrecht Bd. I S. 194, G. Meyer, Deutsches Staatsrecht § 84 S. 227, Richter-Dove, Kirchenrecht § 246 S. 703). Diese Befugniss bildet zusammen mit der Führung eines entsprechenden Titels, der Prägung der Münzen mit dem Bildnisse des Landesherrn, seinem besonderen strafrechtlichen Schutze durch die Vorschriften über Hochverrath und Majestätsbeleidigung, dem Rechte

zur Verleihung von Titeln und Orden u. s. w. den Inhalt der sog. Majestäts- oder Ehrenrechte.

Die Eingabe stellt sich auf den Standpunkt, dass der Herzog von Cumberland als Landesherr im Herzogthum Braunschweig anzusehen sei und deshalb ein Recht auf kirchliche Fürbitte habe. Sollte dieser Ausgangspunkt unrichtig sein, so würde die gezogene Schlussfolgerung hinfällig werden und die weitere Prüfung sich erübrigen. Sollte er dagegen als zutreffend anerkannt werden müssen, so würde weiter zu untersuchen sein, ob Umstände vorliegen, die trotzdem das Recht auf Fürbitte ausschliessen, insbesondere ob die Verhinderung an der Ausübung der Regierungsgewalt, die zur Zeit auf staatlichem Gebiete besteht, auch der Berücksichtigung im Kirchengebete im Wege steht.

II. Ist der Herzog von Cumberland als Landesherr anzusehen? Landesherr ist derjenige, der nach staatsrechtlichen Grundsätzen Oberhaupt des Staates ist und als solcher „die gesammte ungetheilte Staatsgewalt in sich vereinigt“ (N. L.-O. § 3, SCHULZE, Deutsches Staatsrecht Bd. I S. 185, G. MEYER, Deutsches Staatsrecht S. 225). Nach der braunschweigischen Verfassung wird das Recht hierzu durch die Zugehörigkeit zu dem fürstlichen Gesammthause Braunschweig—Lüneburg bestimmt, und zwar innerhalb der so gezogenen Grenze durch die Verwandtschaft mit dem jeweiligen Vorgänger in der Regierung nach den Grundsätzen der Linealerbfolge und dem Rechte der Erstgeburt unter Bevorzugung des Mannsstammes. Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass diese Voraussetzungen für die Eigenschaft als Landesherr bei dem Herzog von Cumberland zutreffen. Wenn früher, u. A. in der bekannten „Denkschrift über die prioritätischen Ansprüche Preussens an das Herzogthum Braunschweig-Wolfenbüttel“ von BOHLMANN, versucht ist, ein näheres Erbrecht des Hauses Hohenzollern zu begründen, so kann davon abgesehen werden, die dafür geltend gemachten Gründe zu wider-

legen, weil der gemachte Versuch von den angesehensten Staatsrechtslehrern einstimmig, zum Theil sogar in schroffer und für den Verfasser der gedachten Schrift wenig ehrenvoller Weise als völlig verfehlt zurückgewiesen ist. Nicht minder hinfällig ist der ferner vereinzelt aufgestellte Gesichtspunkt, dass das Erbfolgerecht der hannoverschen Königsfamilie durch die Annexion von Hannover erloschen und auf die preussische Krone übergegangen sei. Es ist kaum erforderlich, demgegenüber darauf hinzuweisen, dass Gegenstand der Einverleibung in den preussischen Staat das Land Hannover, aber nicht das hannoversche Fürstenhaus gewesen ist und dass der Herzog von Cumberland sein Recht auf die Thronfolge in Braunschweig nicht herleitet aus seiner Eigenschaft als Landesherr von Hannover, sondern ausschliesslich aus seinen verwandtschaftlichen, bezw. durch die Erbverbrüderung vom 16. Nov. 1535 begründeten Beziehungen zu dem Herzoge Wilhelm. Nicht höher ist die Bedeutung des Gesichtspunktes anzuschlagen, dass das Herzogthum Braunschweig durch die französische Annexion seine Existenz verloren habe und erst im Pariser Frieden auf's Neue begründet sei, so dass die auf Verwandtschaft beruhenden früheren Erbfolgerechte erloschen seien. (Vgl. zu der ganzen Angelegenheit ZACHARIAE, „Zur sogenannten Braunschweigischen Seccessionsfrage", Leipzig 1862, und WEDEKIND, „Hannover und Braunschweig", Leipzig 1862.) Hiernach kann kein Zweifel darüber bestehen, dass der Herzog von Cumberland als „erbberechtigter Thronfolger" im Sinne des § 1 Regentschafts-G. vom 16. Febr. 1879 anzusehen ist.

Damit ist aber die Frage noch nicht entschieden, ob er mit dem Tode des Herzogs Wilhelm Landesherr geworden ist, insbesondere ob es nicht dazu eines formellen Regierungsantrittes unter Ertheilung der Reversalen bedarf. Der § 4 N. L.-O. schreibt vor: „Der Landesfürst wird in dem Patente, durch welches er seinen Regierungsantritt verkündigt und die allgemeine

Huldigung anordnet, zugleich bei seinem fürstlichen Worte versichern, dass er die Landesverfassung in allen ihren Bestimmungen beobachten, aufrecht erhalten und beschützen wolle." Im Falle einer vormundschaftlichen Regierung sind die Reversalen von dem Vormunde zu ertheilen (N. L.-O. § 20). Bekanntlich hat der Herzog von Cumberland sofort nach dem Tode des Herzogs Wilhelm das seinen Regierungsantritt verkündigende Patent, in welchem sich die fragliche Erklärung befand, an das Staatsministerium, dessen Mitglieder er in ihrem Amte bestätigte, mit dem Auftrage gesandt, dasselbe gegenzuzeichnen und durch die Gesetzsammlung zu veröffentlichen, das Staatsministerium hat aber diesen Auftrag abgelehnt. Nach § 155 N. L.-O. sind die unter der Unterschrift des Landesfürsten erlassenen Verfügungen in Landesangelegenheiten nur dann vollziehbar, wenn sie mit der Kontrasignatur eines stimmführenden Mitgliedes des Staatsministeriums versehen sind. Dieses Mitglied übernimmt dadurch die Verantwortlichkeit. Es kann zweifelhaft scheinen, ob diese Vorschrift sich auch auf die Vollziehung und Verkündung der Reversalen bezieht, aber wenn man bedenkt, dass der Grundgedanke des konstitutionellen Staates darin besteht, den auch in unserer Verfassung (N. L.-O. § 3) anerkannten Satz von der Unverletzlichkeit und deshalb Unverantwortlichkeit des Monarchen mit dem Erfordernisse eines Schutzes der Unterthanen gegen Missbrauch der landesherrlichen Gewalt dadurch zu vereinigen, dass der Monarch in seiner Eigenschaft als Landesherr nicht anders rechtswirksam handeln kann, als unter Mitwirkung eines Ministers, der dadurch die Verantwortung übernimmt, so muss man aus denselben Gründen, weshalb man die Gegenzeichnung auch bei Ministerernennungen fordert (G. Meyer a. a. O. § 84 S. 229) zu dem Ergebnisse gelangen, dass auch der Regierungsantritt selbst unter diese Bestimmung fällt, was auch dadurch unterstützt wird, dass, wie bemerkt, der Herzog von Cumberland selbst die Mitwirkung des Ministeriums gefordert, also, wie es

scheint, als Vorbedingung für die Rechtswirksamkeit seines Schrittes angesehen hat. Auch das Patent, durch welches, wie unten noch zu erörtern sein wird, der jetzige Regent, Prinz Albrecht, die Regierung angetreten hat, ist von einem verantwortlichen Minister gegengezeichnet.

Da der Herzog von Cumberland es unterlassen hat, unter Enthebung der Minister von ihren Aemtern andere Personen mit denselben zu betrauen und durch diese die Gegenzeichnung seines Patentes vollziehen zu lassen, so kann dahin gestellt bleiben, welche Rechtswirkungen hierdurch herbeigeführt sein würden, vielmehr ist davon auszugehen, dass ein Regierungsantritt des Herzogs von Cumberland in der durch § 4 N. L.-O. erforderten Form nicht vorliegt und es erhebt sich deshalb die Frage, ob dies seiner Eigenschaft als Landesherr entgegensteht.

Bekanntlich sind die deutschen Fürstenthümer hervorgegangen aus königlichen Aemtern. Solange diese nicht erblich waren, konnte der Nachfolger ohne königliche Bestätigung nicht in sein Amt eintreten. Aber auch nachdem diese Erblichkeit anfangs thatsächlich und später auch rechtlich anerkannt war, wurde an der Bestätigung als äusserer Form festgehalten. Eine völlige Umgestaltung vollzog sich seit der Mitte des 13. Jahrhunderts, indem die staatsrechtliche durch die patrimoniale Auffassung abgelöst wurde. Man betrachtete das Land in derselben Weise als Eigenthum, wie allodiale Besitzungen und nannte die Fürsten „Landesherrn“ (domini terrae) im eigentlichsten privatrechtlichen Sinne. Die Landeshoheit wurde als ein Immobiliarrecht und deshalb als ein Gegenstand des Vermögens und des Erbrechts betrachtet (G. Meyer a. a. O. § 85 S. 231). Demgemäss musste man auf die Regierungsnachfolge die allgemeinen erbrechtlichen Grundsätze zur Anwendung bringen. Diese sind im römischen und im deutschen Rechte verschieden. In dem ersteren ist, von Ausnahmen abgesehen, der Erbberechtigte nicht ohne Weiteres Erbe, sondern er ist nur in der Lage, es zu werden, es bedarf dazu

aber eines Rechtsaktes, einer Willenserklärung, nämlich des Erbschaftsantrittes. Das deutsche Recht kennt diese Vorbedingung nicht; der Erbberechtigte wird mit dem Tode des Erblassers ipso jure Erbe und Eigenthümer des hinterlassenen Vermögens („Le mort saisit le vif.“ „Der Todte erbt den Lebendigen“).

Aber die Anwendung erbrechtlicher Grundsätze führte auch zu der Theilung des Landes unter mehrere Söhne, und da die hierdurch herbeigeführte Zerstückelung nicht allein gegen das staatliche Interesse verstiess, sondern zugleich vom Standpunkte der Erhaltung der Familienmacht zu verwerfen war, so gelangte man allmählich zu einer Aenderung. Zunächst suchte man durch Hausgesetze die Untheilbarkeit einzuführen, bis endlich seit Beginn des 18. Jahrhunderts die Ansicht sich Bahn zu brechen begann, dass die Landeshoheit nicht ein Vermögensgegenstand ist, der nach privatrechtlichen Grundsätzen vererbt werden kann, sondern eine staatliche Stellung, deren Verhältnisse lediglich nach staatsrechtlichen Gesichtspunkten zu beurtheilen sind. Heute besteht kein Zweifel mehr darüber, dass von der Frage der Thronfolge alle civilrechtlichen Anschauungen fern zu halten sind, dass von Erben und Erbfolge hier ebensowenig die Rede sein kann, wie von den daraus hergeleiteten Fragen, ob die Thronfolge ex pacto et providentia majorum stattfinde, ob sie Universal- oder Singularsuccession sei, ob der Nachfolger die Regierungsakte seines Vorgängers anerkennen müsse u. s. w. „Die Staatssuccession in Erbmonarchien ist überhaupt keine Erbfolge, sondern sie bewegt sich nur äusserlich in Formen, die dem Erbrechte entlehnt sind. Das Wesen der Erbmonarchie im Unterschiede zu der Wahlmonarchie besteht darin, dass eine bestimmte Familie mit der Thronfolge verfassungsmässig in einem solchen Zusammenhange steht, dass lediglich aus ihr nach einer festgeordneten Reihenfolge diejenige Person hervorzugehen hat, welche bei eintretender Thronerledigung in die leer gewordene Stelle des bisherigen Throninhabers einzutreten hat. Im Staats-

recht bedeutet ‚succediren' nicht in irgend einer Weise erben, sondern ‚einrücken' in den erhabensten staatlichen Beruf" (SCHULZE, Deutsches Staatsrecht S. 209 f.; derselbe in BLUNTSCHLI, Staatsw. Bd. X S. 518 ff.; v. HELD, System des Verfassungsrechts Bd. II S. 247 ff.; ZACHARIAE, Staatsrecht Bd. I S. 342).

Ist die Stellung des Landesherrn eine ausschliesslich öffentlich-rechtliche, so kann von der Anwendung erbrechtlicher Grundsätze auf die Thronfolge nicht mehr die Rede sein, sondern es können lediglich staatsrechtliche Gesichtspunkte in Betracht kommen. Zu diesen gehört die Forderung, dass der Staat zu keiner Zeit ohne Oberhaupt sein darf. Daraus aber ergibt sich, dass die Erledigung und Wiederbesetzung des Thrones in denselben Augenblick zusammenfallen muss. („Rex non moritur", „Le roi est mort, vive le roi!") „Mit dem Tode oder sonstigen Wegfall des bisherigen Inhabers geht die Krone von Rechts wegen auf den Nachfolger über, ohne dass irgend eine Handlung, etwa eine Antretung oder auch nur die Kenntniss des Anfalles von irgend einer Seite erforderlich wäre. Jede Art von interregnum ist der Erbmonarchie fremd" (SCHULZE a. a. O. S. 244; G. MEYER a. a. O. S. 246; LABAND, Staatsrecht Bd. I § 25 S. 193). Das praktische Ergebniss ist deshalb bei der modernen staatsrechtlichen Auffassung das gleiche, wie bei der früheren deutschrechtlich-patrimonialen, nämlich dass der Thronfolger kraft Gesetzes und ohne dass es eines Erbschafts- oder Regierungsantrittes bedarf, Landesherr wird.

III. Kann es hiernach keinem Zweifel unterliegen, dass der Herzog von Cumberland mit dem am 18. Okt. 1884 erfolgten Tode des Herzogs Wilhelm Landesherr geworden ist, wie er denn auch vom Reichsgerichte in dessen Urtheile vom 16. Sept. 1892 (vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Bd. XXIII S. 241) als Landesherr anerkannt wird, so bleibt aber noch die weitere Frage zu entscheiden, ob er berechtigt ist,

die aus dieser Stellung sich ergebenden Rechte auszuüben, und zwar kommt hier zunächst das bereits erwähnte, aus der Nichtbeobachtung des § 4 N. L.-O. hergeleitete Bedenken in Betracht. Hindert dies auch nach den bisherigen Ausführungen nicht, dass er Landesherr geworden ist, so liegt es doch nahe, die Erfüllung der verfassungsmässigen Form als die Vorbedingung für die Ausübung der landesherrlichen Rechte anzusehen. Müsste man sich auf diesen Standpunkt stellen, so würde freilich das dem Herzog von Cumberland verbleibende Recht nicht ganz werthlos sein, insbesondere könnte es nicht allein jederzeit durch Nachholung des bisher Unterlassenen zu einem vollen Rechte werden, sondern es würde auch insofern praktische Bedeutung haben, als bei dem Tode oder dem Verzichte des jetzigen Inhabers der künftige Landesherr durch seine Verwandtschaft mit dem jetzigen bestimmt werden würde. Immerhin wäre es zur Zeit inhaltslos und würde etwa der nuda proprietas oder der hereditas sine re des römischen Rechts gleichzustellen sein; jedenfalls würde es keine Unterlage für die Berücksichtigung im Kirchengebete bilden.

Bei Beantwortung der aufgeworfenen Frage sind folgende Erwägungen von Bedeutung:

Die Stellung des Landesherrn begründet nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten. Hat man auch die Herleitung der Staatsgewalt als solcher aus einem Vertrage heute allgemein verworfen, so schliesst das doch nicht aus, in den modernen Verfassungen, obgleich sie äusserlich in der Form von Gesetzen erscheinen, inhaltlich einen Vertrag des Landesherrn mit den Unterthanen zu sehen, der beiderseits auch die Nachfolger bindet und den Landesherrn verhindert, die ihm als solchem zustehenden Rechte anders auszuüben, als es nach den Bestimmungen der Verfassung zulässig ist. Man hat sich auch nicht darauf beschränkt, beiden Theilen die Innehaltung der Verfassung zur Pflicht zu machen, sondern man hat beiden eine formelle Erklärung auferlegt, nämlich den Unterthanen den Huldigungseid, durch den sie dem

Landesherrn Treue und Gehorsam geloben, dem Letzteren das feierliche, häufig eidliche Versprechen, die Verfassung zu beobachten und den Gesetzen gemäss zu regieren. Beide Erklärungen, die Huldigung der Unterthanen und die Zusicherung des Landesherrn, früher meist in die Form einer Bestätigung der landschaftlichen Privilegien gekleidet, stammen schon aus der ältesten Zeit. Ebenso hat man sie von jeher als „ordentliche Korrelata und unzertrennliche Stücke" aufgefasst (so schon J. Moser, Von der Reichsstände Landen S. 1172; vgl. ausserdem Schulze a. a. O. S. 245; Zachariae a. a. O. S. 298). In den Braunschweig-Wolfenbüttel'schen Privilegien vom 9. April 1770 § 79 ist ausdrücklich bestimmt, dass die Landstände und Unterthanen vor der fürstlichen Versicherung nicht schuldig sein sollten, zu huldigen und Gehorsam zu leisten (Zachariae a. a. O. S. 300 Anm. 4).

Mehrfach hat man aus diesem gegenseitigen Verhältnisse auch die Folgerung hergeleitet, dass bis zur Ertheilung der Reversalen die Ausübung der Regierung nicht stattfinden dürfe (vgl. R. v. Mohl, Württemberg. Staatsrecht § 27; v. Rönne, Preuss. Staatsrecht 1. Aufl.[1] Bd. II S. 343). Allerdings haben die Mehrzahl der staatsrechtlichen Schriftsteller (vgl. Schulze a. a. O. Bd. I S. 246; derselbe, Preuss. Staatsrecht § 63; Bornhak, Preuss. Staatsrecht Bd. I S. 184; v. Held a. a. O. Bd. II S. 272; G. Meyer a. a. O. Bd. I S. 247; Sarwey, Württemberg. Staatsrecht Bd. I S. 54ff.; v. Seydel, Bayer. Staatsrecht Bd. I S. 200 u. A.) diese Auffassung verworfen, indem sie davon ausgehen, dass die beiderseitigen rechtlichen Beziehungen unabhängig von der ausdrücklichen Erklärung beständen, insbesondere das Recht des Landesherrn nicht ausschliesslich auf der Verfassung beruhe und deshalb sowohl der Verfassungseid des Letzteren wie der Huldigungseid der Unterthanen juristisch

[1] In den späteren Auflagen hat er seine Ansicht geändert.

keine andere Bedeutung habe, als schon bestehende Verpflichtungen feierlich zu bestätigen (vgl. auch OTTO in MARQUARDSEN, Handbuch des öffentl. Rechts Bd. III 2, 1 S. 102 und RHAMM, Verfassungsgesetze S. 82, 83). Es scheint aber nicht recht konsequent, wenn einige dieser Schriftsteller (SCHULZE a. a. O. § 112 S. 263; ZACHARIAE a. a. O. Bd. I § 81 S. 416 Anm. 16) bei der Regentschaft den gegentheiligen Standpunkt vertreten und die Ausübung der Rechte des Regenten an die vorgängige Leistung des Verfassungseides knüpft (vgl. hierzu RHAMM a. a. O.; v. GERBER, Staatsrecht § 34 Anm. 12).

Jedenfalls ist in einigen Staaten (Belgien, Koburg, Gotha, Oldenburg, Reuss ä. L.) der letztere Standpunkt auch für den Regierungsantritt des Landesherrn in der Verfassung ausdrücklich anerkannt (vgl. G. MEYER a. a. O. S. 247 Anm. 8), und es kann zweifelhaft sein, ob nicht die angeführte Bestimmung der Braunschweig-Wolfenbüttel'schen Privilegien ebenfalls in diesem Sinne zu verstehen ist.

Nach der von der Mehrzahl der Schriftsteller vertretenen Auffassung würde die bisher unterlassene verfassungsmässige Vollziehung des Regierungsantrittes keinen Grund bilden, dem Herzog von Cumberland als Landesherrn die Aufnahme in das Kirchengebet vorzuenthalten; nach derjenigen der Minderzahl müsste man zu dem entgegengesetzten Ergebnisse gelangen. Es bedarf aber der Entscheidung unter den beiden sich gegenüberstehenden Standpunkten dann nicht, wenn aus anderen Gründen, insbesondere wegen derjenigen Umstände, wegen deren der Herzog von Cumberland z. Z. an der Ausübung der Regierung verhindert ist, auch das Recht auf Erwähnung im Kirchengebete als ausgeschlossen, bezw. ruhend anzusehen sein sollte, und da dies zu bejahen ist, so kann die bisher erörterte Frage auf sich beruhen bleiben.

IV. Bekanntlich hat auf Grund eines von Preussen am 21. Mai 1885 beim Bundesrathe eingebrachten Antrages der

letztere am 2. Juli 1885 beschlossen, „die Ueberzeugung der verbündeten Regierungen dahin auszusprechen, dass die Regierung des Herzogs von Cumberland in Braunschweig, da derselbe sich in einem dem reichsverfassungsmässig gewährleisteten Frieden unter Bundesgliedern widerstreitenden Verhältnisse zu dem Bundesstaate Preussen befindet, und im Hinblick auf die von ihm geltend gemachten Ansprüche auf Gebietstheile dieses Bundesstaates mit den Grundprinzipien der Bündnissverträge und der Reichsverfassung nicht verträglich sei". Der Bundesrathsbeschluss hat im Gegensatze zu dem preussischen Antrage die Bezugnahme auf Art. 76 R.-Verf. unterlassen und sich lediglich auf die Grundprinzipien der Bündnissverträge und der Reichsverfassung bezogen. Ob der eine oder der andere Gesichtspunkt geeignet ist, die Zuständigkeit des Bundesrathes zur Fassung des gedachten Beschlusses zu begründen (vgl. hierzu E. Hancke, Regentschaft und Stellvertretung des Landesherrn nach deutschem Staatsrechte S. 21), sowie welche Rechtswirksamkeit derselbe auszuüben im Stande ist, steht keineswegs ausser Zweifel, braucht aber aus dem Grunde nicht entschieden zu werden, weil neben dem Beschlusse des Bundesrathes und formell von ihm unabhängig von den gesetzgebenden Faktoren des Herzogthums Maassregeln getroffen sind, welche für die Stellung zu der aufgeworfenen Frage als maassgebend unter allen Umständen anerkannt werden müssen.

In dem Gesetze, die provisorische Ordnung der Regierungsverhältnisse bei einer Thronerledigung betreffend, vom 16. Febr. 1879 No. 3 ist der Fall vorgesehen, dass bei einer künftig eintretenden Thronerledigung „der erbberechtigte Thronfolger am sofortigen Regierungsantritte irgendwie behindert sein sollte", und für diesen Fall angeordnet, dass, sofern nicht ein berechtigter Regent die Regierung nach Maassgabe der in § 20 Landesgrund-G. enthaltenen Bestimmung antritt, zunächst eine provisorische Regierung des Landes durch einen Regentschaftsrath stattfinden soll, dem im Allgemeinen die Rechte und Pflichten einer Re-

gierungsvormundschaft oder Regierungsverwesung eingeräumt sind. Ueber die Frage, ob eine Verhinderung in diesem Sinne vorliege, hat zunächst das Staatsministerium zu befinden, indem es, falls es diese Ansicht vertritt, den Regentschaftsrath beruft. Dieser selbst hat die endgültige Entscheidung dadurch zu treffen, dass er, je nachdem er der Auffassung des Staatsministeriums beitritt oder nicht, seine Konstituirung vollzieht oder ablehnt, auch im ersteren Falle die geschehene Konstituirung durch die Gesetzsammlung veröffentlicht und die Landesversammlung einberuft. Ist nicht innerhalb eines Jahres seit der Thronerledigung der Regierungsantritt des Thronfolgers oder die Uebernahme einer Regierungsverwesung erfolgt, so wählt die Landesversammlung auf Vorschlag des Regentschaftsrathes aus den volljährigen, nicht regierenden Prinzen der zum Deutschen Reiche gehörenden souveränen Fürstenhäuser den Regenten, der sodann die Regierungsverwesung bis zum Regierungsantritt des Thronfolgers fortführt.

Thatsächlich ist nach diesen Vorschriften bei uns verfahren. Ausweislich der in der Gesetzsammlung veröffentlichten Bekanntmachung des Regentschaftsrathes vom 18. Okt. 1884 No. 37 hat das Staatsministerium bei dem Tode des Herzogs Wilhelm den in dem Regentschaftsgesetze vorgesehenen Fall der Verhinderung des erbberechtigten Thronfolgers als gegeben angesehen und den Regentschaftsrath einberufen. Letzterer hat dieser Auffassung zugestimmt und sich konstituirt, auch die Landesversammlung zusammenberufen. Diese hat am 27. Okt. 1884 eine Resolution beschlossen, durch welche sie ihre vollste Anerkennung des von dem Staatsministerium und dem Regentschaftsrathe bei dessen Konstituirung eingenommenen Standpunktes ausspricht. Mittels des Landtagsabschiedes vom 13./20. Jan. 1885 ist diese Erklärung durch die Gesetzsammlung (No. 6 von 1885) veröffentlicht. In der Sitzung vom 21. Okt. 1885 hat dann die Landesversammlung auf Vorschlag des Regentschaftsrathes den Prinzen Albrecht von Preussen zum Regenten gewählt; dieser hat die

auf ihn gefallene Wahl angenommen und in dem Patente vom 2. Nov. 1885, welches in verfassungsmässiger Weise gegengezeichnet und durch die Gesetzsammlung verkündet ist, die Regierung angetreten, zugleich auch bei seinem fürstlichen Worte versichert, dass er die Landesverfassung in allen ihren Bestimmungen beobachten, aufrecht erhalten und beschützen wolle.

Hiernach ist nicht nur die zur Zeit bestehende Regentschaft streng verfassungsmässig zu Stande gekommen, sondern es haben auch die hierzu berufenen Organe, insbesondere der Regentschaftsrath und die Landesvertretung übereinstimmend anerkannt, dass der erbberechtigte Thronfolger, als welcher nach den obigen Ausführungen der Herzog von Cumberland anzusehen ist, am Regierungsantritte behindert ist. Diese übereinstimmende und sowohl mittels der Bekanntgabe der Konstituirung des Regentschaftsrathes durch die Gesetzsammlung, als auch mittels des auf gleiche Weise veröffentlichten Landtagsabschieds formgerecht verkündete Willenserklärung der beiden gesetzgeberischen Faktoren hat in jeder Beziehung die Bedeutung und Wirksamkeit eines gesetzgeberischen Aktes, der nach § 25 N. L.-O. für alle Landeseinwohner, insbesondere aber für die Behörden, staatliche wie kirchliche, verpflichtend ist. Wenn in der angezogenen Verfassungsbestimmung die Landeseinwohner nicht nur zum Gehorsam gegen die Gesetze, sondern daneben auch zur Treue, Ehrfurcht und Gehorsam gegen den Landesfürsten verpflichtet sind, so ist das für die vorliegende Frage ohne Bedeutung, weil selbst unter der Voraussetzung, dass die Verpflichtungen gegen den Herzog von Cumberland bereits vor Ertheilung der Reversalen als in Kraft getreten angesehen werden müssten, jedenfalls der ihm zu leistende Gehorsam nur im Rahmen der Gesetze verstanden werden kann.

V. Steht also für die Landessynode ohne eigenes Prüfungsrecht fest, dass der Herzog von Cumberland am Regierungsantritte behindert ist, so handelt es sich jetzt nur noch um die

weitere Frage, welche Rechtsfolgen diese Behinderung hat, insbesondere ob durch sie auch das Recht auf Berücksichtigung im Kirchengebete insoweit betroffen ist, als es nicht besteht bezw. nicht ausgeübt werden kann, solange eine Behinderung dauert.

Auch hier handelt es sich lediglich um eine Gesetzesauslegung, denn die Entscheidung kann nur aus den mehrbezeichneten die Verhinderung feststellenden gesetzgeberischen Willensakten entnommen werden. Die Synode befindet sich dabei genau in der gleichen Lage wie der Richter, wenn er die Tragweite und den Inhalt eines Gesetzes festzustellen hat. Es muss deshalb vor Allem auch der für die richterliche Gesetzesauslegung allgemein anerkannte Grundsatz gelten, dass dabei in Ermangelung eines zweifelsfreien Wortlautes die ratio legis zu entscheiden hat, d. h. die Absicht und der Zweck des Gesetzes, wie er vermuthlich den Gesetzgeber bestimmt hat, ohne dass dem Richter ein Urtheil darüber zusteht, ob diese Absicht des Gesetzgebers zu billigen ist oder nicht. Selbstverständlich gilt dies auch dann, wenn die für den Richter bindende Auffassung des Gesetzgebers, wie es bei Gesetzen, die auf politischem Gebiete liegen, meistens der Fall sein wird, politischer Natur ist. Der Richter hat dann diese politische Absicht des Gesetzgebers zu ermitteln und ohne eigenes Prüfungsrecht seiner Entscheidung zu Grunde zu legen. Das Gleiche gilt deshalb auch für die Synode.

Im vorliegenden Falle beruhen die gesetzgeberischen Akte vom 18. Okt. 1884 und 13./20. Jan. 1885, durch welche die Verhinderung des Herzogs von Cumberland am Regierungsantritte ausgesprochen ist, ihrerseits auf dem Regentschaftsgesetze, d. h. die Befugniss des Regentschaftsrathes und der Landesversammlung zur Fassung eines solchen Beschlusses stützt sich auf die in diesem Gesetze ihnen ertheilte Ermächtigung. Der Schwerpunkt der Entscheidung liegt deshalb in dem Regentschaftsgesetze und insbesondere in der Prüfung, welche Rechtsstellung nach ihm

einerseits dem Regenten und andererseits dem verhinderten Landesherrn zukommen sollte. Die hier vorgesehene Rechtsstellung Beider ist dann durch die gesetzgeberischen Akte der Jahre 1884/85 verwirklicht.

Da der Wortlaut des Regentschaftsgesetzes keinen Anhaltspunkt für die zur Entscheidung stehende Frage bietet, vielmehr darüber, welche Rechtsstellung einerseits dem Regenten, andererseits dem verhinderten Landesherrn zustehen soll, nichts gesagt ist, so muss auf eine doppelte Quelle zurückgegangen werden, nämlich einerseits auf die Entstehungsgeschichte des Gesetzes und den in ihr zu Tage tretenden gesetzgeberischen Zweck, andererseits auf das gemeine deutsche Staatsrecht und die Ausbildung, welche hier das Institut der Regentschaft erhalten hat.

VI. In der ältesten Zeit des Deutschen Reiches war für eine Regentschaft kein Raum. Solange der König gewählt wurde und die Landesherren nichts waren, als königliche Beamte, die er nach seinem Ermessen einsetzte, war es ausgeschlossen, dass regierungsunfähige Personen zur Regierung gelangten, denn man dachte nicht daran, sie zu wählen oder anzustellen. Allerdings war es möglich, dass eine zunächst geeignete Person diese Eigenschaft während ihrer Regierungsdauer verlor, aber dann wurde ein Graf oder Herzog einfach durch einen anderen ersetzt, und selbst bei dem Könige war das Absetzungsrecht der Reichsstände nicht allein theoretisch unbestritten, sondern es wurde, wie die Fälle Karl's des Dicken und Wenzel's beweisen, auch praktisch ausgeübt. Aber sobald sich für Könige und Fürsten der Grundsatz der Erblichkeit entwickelt hatte, musste nothwendig zwischen dem Erbrechte, welches auf die persönlichen Eigenschaften keine Rücksicht nahm, und dem Staatsinteresse, welches nur geeignete Personen zur Regierung zuzulassen gebot, ein Widerspruch entstehen, dessen Ueberwindung selbst heute noch nicht völlig gelungen ist. Derjenige Mangel, über den man zuerst anfing hinwegzusehen, war das jugendliche Alter, da er seiner Natur nach

vorübergehend war und sich mit Erreichung der Volljährigkeit von selbst verlor. Man gestattete deshalb, dass ein minderjähriger Sohn dem Vater in der Regierung folgte, und liess während der Dauer der Minderjährigkeit eine Vertretung durch den nächsten Agnaten eintreten, ja man stellte später diese Vertretung unter den Gesichtspunkt der civilrechtlichen Vormundschaft und berief deshalb nach dem Eindringen des römischen Rechtes auch die Mutter zur vormundschaftlichen Regierung. Erst viel später fing man an, auch körperliche und geistige Gebrechen, die in der Regel unheilbar und deshalb dauernd sein werden, nicht mehr als Hindernisse zu behandeln, und zwar sah man naturgemäss zuerst dann über sie hinweg, wenn sie während bereits bestehender Regierung eintraten, während man wesentlich länger daran festhielt, dass ein mit ihnen Behafteter nicht zur Herrschaft gelangen könne, sondern in solchem Falle Ausschliessung von der Regierung und Uebergang derselben an den Nächstberechtigten eintreten müsse. Auf diesem Standpunkte stehen nicht nur die Rechtsbücher, sondern noch die Goldene Bulle vom Jahre 1356 bestimmt, dass sowohl wegen Geistesschwäche als auch wegen aller erheblichen Gebrechen (famosi et notabilis defectus) Ausschliessung von der Thronfolge stattfand. Freilich galt diese Vorschrift unmittelbar nur für die Kurfürsten, aber allgemein hat man sie auch auf die übrigen Fürsten ausgedehnt (Schulze a. a. O. S. 228).

Später sah man immer mehr über körperliche Gebrechen hinweg, und von den heutigen deutschen Verfassungen kennen nur noch die württembergische und die Koburg-Gothaische körperliche Mängel als Hinderungsgründe der Thronfolge, falls sie schon bei deren Eröffnung vorhanden sind. Auch bei uns ist dies als geltendes Recht anzusehen (Rhamm, Verfassungsgesetze S. 67 Anm. 1 und S. 94). Dagegen gilt unheilbare Geisteskrankheit noch heute nach gemeinem deutschen Staatsrechte als Grund für die Ausschliessung von der Thronfolge, obgleich die

meisten neueren Verfassungen, soweit sie hierüber Bestimmungen enthalten, sowohl in diesem Falle wie bei körperlichen Gebrechen lediglich die Nothwendigkeit einer Regentschaft vorsehen (Schulze a. a. O. S. 228; Hancke, Regentschaft S. 2, 14; Otto in Marquardsen, Handbuch des öffentl. Rechts Bd. III 2, 1 S. 107; A. M. v. Kirchenheim, Regentschaft S. 60 ff.).

Handelt es sich bei körperlichen oder geistigen Gebrechen um regierungsunfähige Personen, so ist doch von jeher auch das Bedürfniss hervorgetreten, sich gegen solche Fürsten zu schützen, die freilich an keinem Gebrechen leiden, also an sich als regierungsfähig anzusehen sind, aber die Regierung so schlecht führen, dass man dies im öffentlichen Interesse nicht dulden kann. Diese Fälle der Missregierung werden naturgemäss in der Regel erst während der Regierung eintreten, aber es ist nicht ausgeschlossen, dass die Gefahr einer solchen durch die Eigenschaften des Betreffenden auch schon von vornherein in einem Maasse gegeben ist, dass eine Zulassung zur Regierung nicht rathsam erscheint. In beiden Fällen ist, wie bei Gebrechen, die doppelte Möglichkeit gegeben, entweder eine Ausschliessung vom Throne oder nur eine solche von der Regierung, und deren Ausübung durch einen Regenten eintreten zu lassen.

Zu Zeiten des Reiches konnte, wie die oben angeführten Beispielsfälle beweisen, nicht allein der König wegen Missregierung abgesetzt werden, sondern das Gleiche war, abgesehen von der Reichsacht, die von selbst den Verlust der Regierung zur Folge hatte, selbstverständlich auch zulässig gegen Landesfürsten, doch bedurfte das Urtheil, welches in der späteren Zeit vom Reichskammergerichte zu fällen war, ausser der Bestätigung durch den König auch der Zustimmung des Reichstages (Klüber, Oeffentl. Recht § 137 Ziff. 6; Schulze a. a. O. S. 276; Zachariae a. a. O. S. 408 ff.).

Darüber, ob eine solche Befugniss nach Auflösung des Reiches auf den Deutschen Bund übergegangen sei, bestand und

besteht Meinungsverschiedenheit, die innerhalb des Bundestages selbst offen hervortrat, als die braunschweigischen Landstände bei ihrem Streite mit dem Herzog Karl dessen Entscheidung anriefen. Man war freilich einig darüber, dass der Herzog Karl die Regierung nicht behalten könne, aber die Meinungen waren darüber getheilt, ob Ausschliessung von der Regierung oder eine blosse Regentschaft eintreten solle. Während Oesterreich den letzteren Standpunkt vertrat, siegte bei der Abstimmung im Bundestage am 2. Dez. 1830 mit einer Stimme Mehrheit die Ansicht von Preussen und Hannover, nach der der Herzog Wilhelm um einstweilige Fortführung der zunächst provisorisch übernommenen Regierung ersucht und zugleich den Agnaten anheimgegeben wurde, eine definitive Anordnung zu treffen. Diese Anordnung ging dann dahin, dass bei der absoluten Regierungsunfähigkeit des Herzogs Karl die Regierung im Herzogthume Braunschweig für erledigt erklärt und definitiv auf den Herzog Wilhelm als nächsten Agnaten mit allen verfassungsmässigen Rechten und Pflichten eines regierenden Herzogs von Braunschweig übertragen wurde.

Für die rechtliche Beurtheilung dieser Maassregel sind von Bedeutung die in den Sitzungen vom 14. April und 11. Mai 1831 abgegebenen Erklärungen von Preussen und Hannover. Die erstere ging dahin,[1] es walte im Bunde kein Zweifel darüber ob, dass Herzog Karl die Regierung im Herzogthume Braunschweig nie wieder ausüben könne und dürfe, sondern immer von derselben ausgeschlossen bleiben müsse. Der Grund dieser allseitig anerkannten absoluten Regierungsunfähigkeit liege in dem Missbrauche, den er von der Regierungsgewalt gemacht habe. In einem moralischen Uebel, nicht in einem unverschuldeten körperlichen oder geistigen Hindernisse des zur Regierung berufenen Fürsten liege die Ursache, dass seine Entfernung von der Regierung eine bedauernswerthe aber rechtliche Nothwendigkeit geworden sei. Unverschuldete Krankheit könne eine ausserordent-

liche Regentschaft zur Folge haben, aber von dieser könne keine Rede sein, weil dem Herzog Karl Geistes- und Willensfähigkeit nicht bestritten werde, vielmehr beruhe das Anerkenntniss der absoluten Regierungsunfähigkeit gerade auf der Voraussetzung völliger Zurechnungsfähigkeit; damit aber würde auch eine für seine Lebensdauer zu errichtende Regentschaft einer rechtlichen Basis entbehren, indem letztere nur in einer ohne eigene Verschuldung herbeigeführten Unfähigkeit zur eigenen Ausübung der Regierung, unter Fortdauer der Regentenwürde in der Person des berechtigten Fürsten gefunden werden könne. „Eine das Andenken des Herzogs Karl bewahrende und als blosse Fortsetzung seiner Regierung zu betrachtende Regentschaft würde, weil sie sich nur in der Natur einer Regierungsverwaltung für den Herzog Karl darstellen und jede einzelne Regierungshandlung nur in dessen Namen vollziehen könnte, mit den moralischen und rechtlichen Ursachen und Gründen, die diesem Fürsten den Verlust der Regierung zugezogen haben, im Widerspruche stehen." Auch die hannoversche Regierung stellte sich in der Sitzung vom 11. Mai 1831 auf einen ähnlichen Standpunkt, indem sie freilich eine richterliche Gewalt des Bundes ablehnte, aber den Agnaten das Recht zu einer „konservatorischen Einschreitung" zuerkannte und gleichfalls der Ansicht war, dass bei der vorhandenen absoluten Regierungsunfähigkeit des Herzogs Karl die blosse Errichtung einer Regentschaft nicht genüge (Schulze a. a. O. S. 275 ff.).

Beide Regierungen betrachteten also die hervorgetretene Missregierung als Beweis einer „absoluten Regierungsunfähigkeit" und hielten es deshalb für zulässig, die für solche geltenden Grundsätze zur Anwendung zu bringen. Auf einen ähnlichen Boden stellen sich auch eine Anzahl von Rechtslehrern, die deshalb von diesem Ausgangspunkte aus auch dahin gelangen, dem heutigen Deutschen Reiche ähnliche Befugnisse beizulegen. Kraut (Vormundschaft Bd. III S. 165) meint, für das zu Zeiten des Reiches

übliche Verfahren, einem Landesherrn, der „zwar nicht blödsinnig, aber notorisch von einer so üblen Sinnesart war, dass man ihm die Regierung nicht anvertrauen konnte“, die Regierungsgewalt freilich nicht ganz zu entziehen, aber eine Regierungsverwesung anzuordnen, die statt seiner das Land regierte, sei auch heute noch voller Grund vorhanden. Auch SCHULZE (a. a. O. S. 277) hält dafür, dass die konstitutionellen Schranken nicht ausreichen gegenüber einer auf den Thron gelangenden Persönlichkeit, die „durch schlimme Naturanlage oder schlechte Erziehung verleitet, die Staatsgewalt in gröbster Weise missbraucht“; in einer solchen Denk- und Handlungsweise könne sich ebenso eine absolute Regierungsunfähigkeit aussprechen, wie in einer eigentlichen Geisteskrankheit, und es müsse deshalb das gleiche Verfahren eintreten, nämlich die Einsetzung einer Regentschaft, „wodurch der seine Regierungsgewalt in grober Weise missbrauchende Landesherr der Ausübung derselben vollständig entkleidet wird, sodass dadurch thatsächlich dasselbe erreicht wird, wie durch eine wirkliche Entsetzung“. Zu einer solchen Maassregel sei ausser den landesverfassungsmässigen Faktoren jetzt entschieden auch die Reichsgewalt berufen. Die Befugniss dazu ergebe sich aus der Aufgabe, das Recht innerhalb des Bundesgebietes zu schützen, insbesondere auch die Fürsten gegen Auflehnung ihrer Unterthanen zu vertheidigen. Wenn es deshalb den landesverfassungsmässigen Faktoren nicht gelinge, einen geordneten Rechtszustand herzustellen, so sei die Reichsgewalt, d. h. Kaiser und Bundesrath, berechtigt und verpflichtet, mit Zwangsmaassregeln gegen eine Regierung einzuschreiten, welche ihre verfassungsmässigen Bundespflichten nicht erfülle, wozu auch die Führung einer geordneten Landesregierung gehöre. Die Zwangsmaassregeln könnten ausgedehnt werden bis zu einer Sequestration des Landes und seiner Regierungsgewalt, d. h. zur Uebernahme der gesammten Regierungsgewalt durch das Reich, durch Einsetzung einer Regentschaft oder durch einen wirklichen

Thronwechsel. Dies Alles ergebe sich aus der Souverainetät der Reichsgewalt als der über den einzelnen Staaten stehenden übergeordneten Staatsgewalt. ZACHARIAE (a. a. O. S. 409, 426 ff.) kann ein Absetzungsrecht gegen einen Fürsten wegen Missregierung und eine dem gleichzustellende Regentschaft nach heutigem deutschen Staatsrecht nicht anerkennen und will das in dem Falle des Herzogs Karl von Braunschweig von dem Bundestage geübte Verfahren nur auf dessen Recht stützen, bei Gefährdung der inneren Sicherheit Deutschlands einzugreifen. Denselben Standpunkt vertritt HANCKE (a. a. O. S. 19). ZÖPFL (Deutsches Staatsrecht Bd. I § 279, sowie in der Schrift „Die Eröffnung der Thronfolge als rechtliche Folge des Missbrauches der Staatsgewalt") bezeichnet das Recht der Agnaten, in solchen Fällen die förmliche Entsetzung des Landesherrn auszusprechen, als „ein in Deutschland fundamental herkömmliches" und ist der Ansicht, dass, wo die neueren Verfassungen die absolute Unfähigkeit nicht mehr als Grund des Ausschlusses von der Thronfolge gelten lassen, dann, wenn die Entfernung des Landesherrn von der Regierung wegen Missbrauches der Staatsgewalt nothwendig sei, die Anordnung einer Regentschaft zu erfolgen habe. Dagegen bestreitet ZEUNERT in HIRTH, Annalen des Deutschen Reiches Jahrg. 1900 S. 302, eine solche Befugniss de lege lata.

Hiernach zeigt sich in der allmählichen Ausbildung des Deutschen Staatsrechts eine gleichmässige Entwicklung von der völligen, mit Uebergang auf den Nachfolger verbundenen Ausschliessung von der Regierung bis zu der blossen Einsetzung einer regentschaftlichen Verwaltung, die man von dem ursprünglichen Falle der Minderjährigkeit immer weiter auf die meisten Gründe der Regierungsunfähigkeit ausgedehnt hat. ZEUNERT (a. a. O. S. 300) sagt richtig: „Von der Thronunfähigkeit zur Successionsunfähigkeit, von der Successionsunfähigkeit zur Regentschaft geht der Gang der Entwicklung." Bei den Fällen der unheilbaren Geisteskrankheit und der Missregierung hat sich der

Abschluss der Entwicklung noch nicht überall vollzogen, vielmehr werden diese Fälle theilweise als Gründe der Ausschliessung von der Regierung, theilweise aber auch nur als Vorbedingungen einer Regentschaft angesehen.

VII. Ueber die Rechtsstellung des Regenten besteht in der Literatur ziemlich weitgehende Uebereinstimmung der Ansichten. Im Gegensatze zu der blossen Regierungsstellvertretung, die in Fällen kürzerer Verhinderung von dem Landesherrn selbst angeordnet wird und nur einzelne Befugnisse überträgt, die der Stellvertreter im Namen und Auftrage des Landesherrn ausübt, begründet die Regentschaft eine selbständige Stellung des Regenten: er regiert nicht kraft Auftrages des Landesherrn, sondern er hat die Ausübung der Regierungsgewalt kraft eigenen Rechtes. Er ist deshalb auch überall, wo nicht die Verfassung etwas Anderes vorschreibt, in seiner Regierung nicht weiter beschränkt, als der Landesherr selbst, insbesondere auch nicht bei Aenderungen der Verfassung (SCHULZE a. a. O. S. 264; G. MEYER a. a. O. S. 252; SEYDEL in MARQUARDSEN, Handbuch des öffentl. Rechts Bd. I S. 36 ff.; HANCKE (a. a. O. S. 45; ZACHARIAE a. a. O. S. 417). SCHULZE (a. a. O. S. 255) bezeichnet ihn als „interimistisches Staatsoberhaupt“, indem „die volle Ausübung des monarchischen Rechtes von dem nicht aufgehobenen, aber einstweilen ruhenden Rechte des Monarchen getrennt wird“. ZACHARIAE (a. a. O. S. 417) sagt: „der Regierungsverweser hat alle Regierungshandlungen anstatt des behinderten Landesherrn in voller Vertretung desselben auszuüben.“ ZÖPFL (a. a. O. S. 676) kommt zu dem Ergebnisse: „der Regent hat als interimistischer Staatsherrscher alle Souverainetätsrechte auszuüben; er hat die vollen Rechte und Pflichten und überhaupt die gesammte rechtliche und politische Stellung eines wirklichen Souverains, jedoch mit Beschränkung im Titel, wodurch auf das Verhältniss der Stellvertretung hingewiesen wird.“ v. KIRCHENHEIM (Die Regentschaft S. 52) bezeichnet die Regentschaft als „die kraft

eigenen Rechtes übernommene Verpflichtung und Befugniss zur selbständigen Ausübung der vollen Staatsgewalt des zeitweilig behinderten Monarchen". HANCKE (Regentschaft S. 6) meint: „die Regentschaft ist die selbständige Ausübung der Staatsgewalt an Stelle des regierungsunfähigen Fürsten." v. GERBER (Staatsrecht § 34 S. 105) bezeichnet die Regentschaft sogar als „unvollkommene Thronfolge". Nach OTTO (in MARQUARDSEN, Handbuch des öffentl. Rechts Bd. III 2, 1 S. 109) übt insbesondere bei uns der Regent die Staatsgewalt wie der Landesherr selbst aus.

Da die Regentschaft zuerst bei Minderjährigkeit des Landesherrn eingeführt wurde, so pflegt man sie in diesem Falle als „ordentliche", in den übrigen als „ausserordentliche" zu bezeichnen (SCHULZE a. a. O. S. 251; HANCKE a. a. O. S. 10).

Besteht über die Rechtsstellung des Regenten ungeachtet der Verschiedenheit in den Definitionen dennoch im Allgemeinen Einverständniss, so wird dagegen die Frage nach den Rechten des durch die Regentschaft beschränkten Landesherrn in der staatsrechtlichen Literatur kaum behandelt. Einzelne Schriftsteller leiten daraus, dass der Regent sein Vertreter, wenn auch kraft eigenen Rechtes sei, die Folgerung her, dass der Letztere nur in seinem Namen handeln könne (G. MEYER a. a. O. S. 251; ZEUNERT a. a. S. 320). In den meisten Verfassungen ist vorgeschrieben, dass die Verfügungen des Regenten im Namen des Landesherrn zu erlassen sind (ZÖPFL a. a. O. S. 679, SCHULZE a. a. O. S. 267). ZACHARIAE (a. a. O. S. 417 Anm. 1) findet dies bei einer Regentschaft wegen Geisteskrankheit unpassend und meint, dass jedenfalls die Vertretung kraft eigenen Rechtes betont werden müsse. SCHULZE und ZÖPFL (a. a. O.) erwähnen auch das in der bayer. Verfassung ausdrücklich vorgeschriebene und auch sonst geübte Verfahren, die Münzen mit dem Bildnisse des Landesherrn zu prägen, während Gesandte nicht bei ihm, sondern bei dem Regenten akkreditirt werden (ZÖPFL a. a. O. S. 677).

Aber keiner der Genannten gibt eine nähere Auskunft über den Umfang der dem verhinderten Landesherrn zustehenden Rechte und den maassgebenden Gesichtspunkt, um sie zu bestimmen.

Nur zwei Schriftsteller berühren die Frage. HANCKE (a. a. O. S. 5) gelangt von dem Satze, dass dem Monarchen die Trägerschaft, dem Regenten aber die Ausübung der Staatsgewalt zukomme, zu der Folgerung: „Das Recht des Königs ist ein inhaltloses; die Rechtsordnung verbietet ihm, das zu wollen, was den Inhalt seines Rechtes bildet. Sein Recht ist ihm nicht entzogen, es besteht als solches fort; die Rechtsordnung verbietet ihm nur das Wollen, weil und solange sie annimmt, dass er nicht wollen kann, ohne dass aber eine neue Verleihung des Herrscherrechtes nothwendig wäre.“ ZEUNERT (a. a. O. S. 320) meint, der Landesherr behalte nur das nudum jus, dessen Ausübung dem Regenten zustehe; seine Stellung sei ähnlich derjenigen des rex sacrificulus in der römischen Republik. Trotzdem ist er der Ansicht, dass die Majestätsrechte dem Landesherrn verbleiben. Offenbar ist der Gedankengang von HANCKE unrichtig, denn der Mangel eines rechtsgültigen Willens bildet ein Hinderniss nur für die aktiven Regierungsrechte, schliesst aber nicht aus, dass die blossen Ehrenrechte dem verhinderten Landesherrn zustehen, dass er also Gegenstand des Hochverrathes und der Majestätsbeleidigung sein kann, dass sein Bildniss auf die Münzen geprägt, ihm die militärischen Ehren erwiesen und seiner im Kirchengebete gedacht wird. Aber eben so wenig wird es richtig sein, ihm diese Ehrenrechte in allen Fällen zuzugestehen. Man braucht, um das einzusehen, nur an die Fälle der Missregierung zu denken, sofern bei ihnen nicht die völlige Ausschliessung von der Regierung, sondern eine blosse Regentschaft eintritt. Hier, wo erst spät an Stelle der völligen Ausschliessung vom Throne die blosse Einsetzung einer Regentschaft getreten ist, liegt es in der That am nächsten, ein völliges Ruhen aller mit der Eigenschaft als Landesherrn verknüpften Rechte anzunehmen. Wäre bei dem

Streite der braunschweigischen Stände mit dem Herzog Karl nicht die Ansicht von Preussen und Hannover, sondern diejenige von Oesterreich zur Geltung gelangt und nur eine Regentschaft eingesetzt, so würde man sicher nicht daran gedacht haben, dem Herzog Karl die mehrgedachten Ehrenrechte zu erweisen. Es lässt sich deshalb die Frage nach der Rechtsstellung des an der Regierung verhinderten Landesherrn nicht allgemein beantworten, sondern nur nach der Art der Verhinderung entscheiden, indem offenbar deren Tragweite genau der Ursache derselben entsprechen muss.

VIII. Unter diesen Umständen ist es von besonderer Bedeutung, aus der Entstehungsgeschichte unseres Regentschaftsgesetzes, insbesondere aus der Veranlassung und dem Zwecke desselben, sowie aus den bei dessen Berathung geäusserten Ansichten einen Anhaltspunkt dafür zu gewinnen, welches Verhältniss der beiderseitigen Befugnisse, nämlich des Regenten einerseits und des Landesherrn andererseits, und insbesondere welche Rechtsstellung des Letzteren man bei dessen Erlasse beabsichtigt hat.

Der Gedanke, für die Verhältnisse des Landes nach dem Tode des Herzogs Wilhelm Vorsorge zu treffen, hat sich (Rhamm, Verfassungsgesetze S. 65 ff.) in folgender Weise entwickelt. Die erste Anregung wurde durch einen Beschluss der Landesversammlung vom 13. Aug. 1867 gegeben, durch welchen die Regierung ersucht wurde, für den Fall, dass nach Erledigung des Thrones im Herzogthume in der z. Z. regierenden Linie die Krone Preussen zur Succession berufen sein sollte, mit dieser einen Vertrag anzustreben, durch den die Selbständigkeit und die Verfassung bis dahin gesichert werde, dass in ordnungsmässiger Weise Aenderungen vereinbart seien. Dieser Antrag wurde von dem Staatsministerium unter Berufung darauf abgelehnt, dass die Thronfolge durch § 14 N. L.-O. geregelt sei, obgleich Seitens des Landtagsausschusses auf den nicht unwahrscheinlichen Fall

hingewiesen war, dass „das bestehende Successionsrecht dem Eindrucke politischer Ansichten und realer Machtverhältnisse werde weichen müssen“. Am 9. Dez. 1870 wurde die Sache durch einen Antrag des Abgeordneten Müller wieder aufgenommen, der unter Hinweis darauf, dass der König Georg die Welfenlegion gegen Preussen gerüstet und seine persönliche Theilnahme am Kriege auf französischer Seite in Aussicht gestellt habe, die Regierung um eine Gesetzesvorlage ersuchte, durch welche die §§ 14 u. 26 N. L.-O., soweit sie die Regierungsfolge des Königs Georg und seiner Nachkommen beträfen, ausser Kraft gesetzt würden. Die Verfassungskommission gab freilich anheim, über diesen Antrag zur Tagesordnung überzugehen, beantragte aber zugleich, die Regierung zu ersuchen, diejenigen Maassregeln, die im Falle einer Thronerledigung auch selbst vorübergehenden Störungen in der Verwaltung des Landes vorzubeugen geeignet seien, mit der Landesversammlung zu beschliessen und für die dieserhalb getroffene Vereinbarung die Garantie der Reichsgewalt nachzusuchen. Den weiteren Verhandlungen mit der Regierung wurde ein Gesetzentwurf des Abgeordneten Schmid zu Grunde gelegt, der dem Kaiser die Regierung mit den Rechten und Pflichten eines Regierungsvormundes und mit der Ermächtigung überweisen wollte, die Regierungsgeschäfte bis auf Weiteres einem Statthalter zu übertragen. Das Staatsministerium beanstandete diesen Vorschlag aus dem Grunde, weil der Kaiser in seiner Eigenschaft als König von Preussen an und für sich nicht unbetheiligt erscheine und da von preussischer Seite nicht offiziell, aber doch offiziös Ansprüche auf die demnächstige Regierungsnachfolge im Herzogthume erhoben seien. Nach langen Verhandlungen kam endlich ein Gesetz zu Stande, durch welches unter Voraussetzung der Garantie des Kaisers für den Fall, dass bei eintretender Thronerledigung der berechtigte regierungsfähige — es ist zu beachten, dass die Regierungsfähigkeit vorausgesetzt wird — Thronerbe nach übereinstimmender Ansicht des Staats-

ministeriums und der Landesversammlung oder deren Ausschusses an der unmittelbaren Uebernahme der Regierung behindert sein sollte, der Grossherzog von Oldenburg zum Regenten bestimmt und diesem Vollmacht gegeben war, mit den Regierungsgeschäften widerruflich einen Statthalter zu beauftragen. Das Gesetz scheiterte jedoch daran, dass der Kaiser am 9. Febr. 1874 die beantragte Garantie ablehnte. Endlich am 13. Dez. 1878 trug der Abgeordnete v. Veltheim unter Berufung darauf, dass nach dem Tode des Königs Georg der Herzog von Cumberland dessen Ansprüche aufrecht erhalte, von Neuem darauf an, Maassregeln in Erwägung zu ziehen, um im Falle einer Thronerledigung die ordnungs- und verfassungsmässige Verwaltung des Landes vor Störungen zu sichern. Nachdem der Antrag von der Landesversammlung angenommen war, legte das Ministerium den Entwurf zu dem jetzigen Regentschaftsgesetze vor, der sich von den früheren Versuchen dadurch unterschied, dass er nicht einen einzelnen Fall der Thronerledigung, sondern diese selbst in dem Sinne ordnen wollte, dass keine Stockung oder Unterbrechung in dem Gange der Regierung einträte; es sollte so die Lücke in dem Landesgrundgesetze ausgefüllt werden, die darin bestand, dass dort als Fall der Verhinderung des Thronerben an der Uebernahme der Regierung nur die Minderjährigkeit vorgesehen war. (Ueber die Gründe dieser auffälligen Lücke vgl. Rhamm a. a. O. S. 94.) Dieser Entwurf ist dann mit unbedeutenden Aenderungen Gesetz geworden.

IX. Aus dem dargelegten Thatsachenmaterial ergibt sich Folgendes:

Das Regentschaftsgesetz steht freilich insofern auf einem anderen Boden als die vorangegangenen Entwürfe, als es nicht einen einzelnen Fall regelt, sondern sich auf alle Fälle der Verhinderung des Thronfolgers bezieht. Aber das ändert nichts daran, dass dennoch der jetzt eingetretene Fall, dass der Herzog von Cumberland wegen seiner Beziehungen zu Preussen die Re-

gierung nicht ausüben könne, weitaus im Vordergrunde des Interesses stand. Bei den Verhandlungen der Landesversammlung wurde ausdrücklich hervorgehoben, dass der Herzog von Cumberland, da er die Reichsverfassung nicht anerkenne, auch den Thron in einem Bundesstaate nicht einnehmen könne (OTTO a. a. O. S. 109 Anm.). Allerdings besteht zwischen der Regelung, welche die Angelegenheit einerseits durch den Bundesrathsbeschluss vom 2. Juli 1885 und andererseits durch das Regentschaftsgesetz gefunden hat, ein erheblicher Unterschied. Wenn der Bundesrathsbeschluss ausspricht, dass „die Regierung des Herzogs von Cumberland in Braunschweig . . . mit den Grundprinzipien der Bündnissverträge und der Reichsverfassung nicht verträglich sei“, so liegt es nahe, diesen Beschluss überhaupt nicht im Sinne einer blossen vorübergehenden Verhinderung, sondern in demjenigen einer dauernden Ausschliessung von der Regierung zu verstehen. Die Parallele mit dem Beschlusse des Bundestages vom 2. Dez. 1830 ergibt sich dabei von selbst, denn, stellt man sich einmal auf den von der preussischen Regierung vertretenen Standpunkt, dass der Herzog von Cumberland die Reichsverfassung nicht anerkenne, vielmehr sich im ideellen Kriegszustande mit Preussen befinde und insbesondere die Absicht habe, dem Königreiche Preussen die Provinz Hannover mit Gewalt zu entreissen, so liegt es nahe, eine Regierung, die er auf dieser Grundlage in Braunschweig führen würde und die für das Herzogthum die offenbare Gefahr eines Verlustes seiner Existenz mit sich bringen müsste, in demselben Sinne als eine Missregierung anzusehen, wie diejenige des Herzogs Karl, der die braunschweigische Verfassung nicht anerkennen wollte.

Die staatlichen Faktoren des Herzogthums haben diese Auffassung nicht zu Grunde gelegt, vielmehr schon vor Erlass des Bundesrathsbeschlusses ihre Entscheidung getroffen und dabei lediglich die Thatsache der vorhandenen Verhinderung als solche gewürdigt, ohne zu ihrer Ursache Stellung zu nehmen. Sie haben

deshalb auch das Regierungsrecht des Herzogs von Cumberland als fortbestehend angesehen und sich auf die Einsetzung einer Regentschaft beschränkt. Aber das schliesst nicht aus, dass sie in diesem Rahmen den politischen Verhältnissen, welche die Verhinderung herbeigeführt hatten, Rechnung trugen und deshalb die Anerkennung dieser Verhinderung bis zu der äussersten Grenze ausdehnen wollten.

Nun ist, wie oben ausgeführt, über das Maass der dem verhinderten Landesherrn bei Einsetzung einer Regentschaft verbleibenden Rechte aus der staatsrechtlichen Literatur ein fester Anhaltspunkt nicht zu gewinnen, es ist vielmehr davon auszugehen, dass diese Rechte nicht in allen Fällen der Regentschaft dieselben sind, sondern nach der Natur der Verhinderung bestimmt werden müssen. Insbesondere ergibt sich unter den zur Einsetzung der Regentschaft führenden Fällen der Behinderung ein durchgreifender Unterschied, je nachdem nämlich diese in der Regierungsunfähigkeit liegt, oder vielmehr die Regierung einem Landesherrn vorenthalten wird, der alle Eigenschaften eines regierungsfähigen Fürsten besitzt, der insbesondere nicht allein volljährig, sondern auch körperlich und geistig gesund, sowie seinerseits bereit ist, die Regierung zu übernehmen, dem man sie aber glaubt vorenthalten zu müssen aus Rücksicht auf das Interesse des Landes. Wenn, wie oben dargelegt, einzelne Schriftsteller die Missregierung analog einer geistigen Krankheit behandeln wollen, so ist das durchaus verkehrt: nicht eine Eigenschaft des Fürsten, sondern dessen Handlungsweise bildet den Verhinderungsgrund, nicht ein schuldloses Verhängniss, sondern, wie in der oben mitgetheilten preussischen Erklärung vom 14. April 1831 richtig gesagt ist, ein schuldhaftes Unrecht. Es liegt deshalb nahe, auch hinsichtlich der Folgen der Verhinderung zwischen beiden Arten derselben scharf zu scheiden. So naturgemäss es ist, dem minderjährigen oder kranken Landesherrn alle diejenigen Befugnisse zu belassen, die durch

den Mangel nicht berührt werden, also insbesondere die sog. Ehrenrechte, so wenig scheint dies am Platze in dem zweiten Falle. Man braucht nur an den Fall des Herzogs Karl zu denken, um das klar einzusehen. Es ist bereits oben darauf hingewiesen, dass, wenn bei dem Bundestagsbeschlusse vom 2. Dez. 1830 nicht der Antrag von Preussen und Hannover, der die völlige Ausschliessung von der Regierung forderte, sondern der österreichische Vorschlag der blossen Einsetzung einer Regentschaft vom Bundestage angenommen wäre, man ganz gewiss nicht dem Herzog Karl die Ehrenrechte belassen haben würde. Der Einwand, dass gerade ein solcher Herrscher die Gnade Gottes und deshalb die kirchliche Fürbitte am nöthigsten habe, scheitert, abgesehen von der in dieser Anschauung steckenden mechanischen Auffassung der Gebetswirkung, vor Allem daran, dass das Kirchengebet für den Landesherrn nicht ein Ausfluss des religiösen Gemüthsbedürfnisses ist, der nicht auf einem gesetzlichen Zwange, sondern nur auf freiem Entschlusse beruhen kann, sondern ein Akt der Ehrenerweisung, auf den derjenige keinen Anspruch hat, der sich ihrer unwürdig gemacht hat.

Nun ist offenbar die Parallele zwischen dem Falle des Herzogs Karl und der Verhinderung des Herzogs von Cumberland schon deshalb nicht bedingungslos durchzuführen, weil die gegen den Ersteren erhobenen schweren moralischen Vorwürfe den Letzteren nicht treffen können, aber eine gewisse Aehnlichkeit beider Fälle liegt auf der Hand. In der oben mitgetheilten Entstehungsgeschichte des Regentschaftsgesetzes tritt deutlich hervor, dass die Landesversammlung das Verhalten nicht allein des Königs Georg, sondern auch, als nach dessen am 11. Juli 1878 erfolgten Tode sein Sohn an seine Stelle als Oberhaupt der Familie getreten war, die Aufrechterhaltung der Ansprüche auf die Provinz Hannover durch diesen und seine dadurch gegebene Stellung zu Preussen und dem Deutschen Reiche missbilligte. Allerdings tritt neben diesen Gesichtspunkt ein anderer, der hauptsächlich

von der Regierung vertreten wurde, dass nämlich, ganz unabhängig von der Stellung, die man zu dem Verfahren des Herzogs von Cumberland einnehmen wolle, die Rücksicht auf Erhaltung der Selbständigkeit des Landes und Fernhaltung von Störungen in der geordneten Verwaltung den Regierungsantritt des Ersteren unmöglich mache. Wenn in dem preussischen Antrage beim Bundesrathe das zwischen dem Herzog von Cumberland und dem Staate Preussen bestehende Verhältniss als „ideeller Kriegszustand“ bezeichnet ist, so liess sich erwarten, dass der Regierungsantritt des Ersteren von Preussen im Nothfalle mit Gewalt verhindert werden und dass sich bei einem Versuche, ihn trotzdem durchzusetzen, Verwicklungen ergeben würden, die selbst mit Gefahren für die Existenz des Staates verknüpft sein konnten. Vor diesen Gefahren wollte man den Staat schützen. Es ist hiernach ganz zweifellos die Absicht des Regentschaftsgesetzes gewesen, dem von der preussischen Regierung gegenüber dem hannoverschen Königshause eingenommenen Standpunkte, wenigstens soweit es sich um die Regierung in Braunschweig handelt, Rechnung zu tragen. Dabei ist es ohne Bedeutung, ob die an dem Erlasse des Gesetzes betheiligten Personen, insbesondere der Herzog Wilhelm, den preussischen Standpunkt billigten oder nicht. Es wurde das preussische Staatsinteresse berücksichtigt, weil ein solches Verfahren zugleich dem braunschweigischen Staatsinteresse entsprach.

Ist dieser Ausgangspunkt richtig, so ergibt sich, dass die in dem Regentschaftsgesetze vorgesehene Behinderung des Herzogs von Cumberland so weit gehen sollte, wie sie nach Auffassung der preussischen Regierung durch das preussische Staatsinteresse geboten war. Das letztere aber erforderte die Vorenthaltung der landesherrlichen Rechte im vollen Umfange, d. h. aller derjenigen Befugnisse, welche dem Herzog von Cumberland in seiner Eigenschaft als Landesherrn im Herzogthum Braunschweig an sich zustanden. Da die Berück-

sichtigung im Kirchengebete lediglich auf dieser Stellung als Landesherr beruht, so ist um so weniger anzunehmen, dass man sie von der getroffenen umfassenden Maassregel ausnehmen wollte, als der von Preussen verfolgte politische Zweck offenbar durch die kirchliche Fürbitte für den Herzog von Cumberland beeinträchtigt werden würde.

Man kann scheinbar gegen diese Auffassung einwenden, dass das Regentschaftsgesetz nicht ausschliesslich den jetzt eingetretenen Fall geregelt habe, in dem die Verhinderung auf den mehrgedachten politischen Verhältnissen beruht, sondern auch die Fälle sonstiger Verhinderungen, z. B. durch körperliche oder geistige Gebrechen, umfasst und bei solchen die Ausschliessung von den Ehrenrechten nicht gerechtfertigt sei. Aber das Regentschaftsgesetz hat sich, wie schon bemerkt, über den Einfluss der Regentschaft auf die Rechtsstellung des verhinderten Landesherrn überhaupt nicht ausgesprochen, es vielmehr insoweit bei dem gemeinen deutschen Staatsrechte belassen. Ist also nach diesem, wie oben ausgeführt, der Fall der Verhinderung eines regierungsfähigen Landesherrn grundsätzlich anders zu behandeln als derjenige eines regierungsunfähigen, so muss dies auch nach dem Regentschaftsgesetze gelten. Für uns hat praktisches Interesse z. Z. lediglich der erstere Fall.

Um sich darüber klar zu werden, ob die an dem Erlasse des Regentschaftsgesetzes betheiligten staatlichen Faktoren, falls ihnen Veranlassung gegeben wäre, sich darüber schlüssig zu werden, ob sie dem Herzog von Cumberland die Ehrenrechte des Landesherrn belassen wollten, diese Frage in bejahendem Sinne entschieden haben würden, — braucht man sich nur daran zu erinnern, dass nicht allein zuerst daran gedacht war, dem Kaiser selbst die Regentschaft zu übertragen mit dem Rechte, sie durch einen Statthalter ausüben zu lassen, sondern dass, wenn auch dieser Vorschlag von der Regierung abgelehnt war, doch das verfassungsmässig, insbesondere unter Zustimmung des Herzogs

Wilhelm, zu Stande gekommene Gesetz vom 26. März 1873, in welchem die Regentschaft des Grossherzogs von Oldenburg angeordnet war, die Garantie des Kaisers voraussetzte und an diese Bedingung geknüpft war. Es ist wohl kaum wahrscheinlich, dass der Kaiser, sofern er sonst geneigt gewesen wäre, die Regentschaft oder die Garantie des Gesetzes zu übernehmen, dies bei einem Gesetze gethan haben sollte, welches einem Manne, mit dem er sich als im Kriegszustande befindlich ansah, irgend welche Befugnisse belassen hätte. Auch bei den damaligen Mitgliedern des Landtages und der Regierung, sowie bei dem Herzog Wilhelm darf ganz sicher so viel politisches Verständniss vorausgesetzt werden, dass sie hierauf nicht rechneten. Ist das aber richtig, so ist klar, dass die an dem Gesetze vom 26. März 1873 betheiligten staatlichen Faktoren dem Herzog von Cumberland irgend welche aus seiner Eigenschaft als Landesherrn fliessende Rechte nicht einräumen, sondern ihn auf eine rein formale Rechtsstellung beschränken wollten.

Nun ist freilich, wie eben ausgeführt, das jetzige Regentschaftsgesetz von dem Gesetze vom 26. März 1873 in wesentlichen Punkten verschieden, aber trotzdem ist der aus den erwähnten Vorverhandlungen auf die Auffassung der staatlichen Faktoren hinsichtlich seiner Tragweite zu ziehende Schluss um so weniger abzuweisen, als die betheiligten Personen überwiegend im Jahre 1879 noch dieselben waren, wie 6 Jahre früher.

Was aber hiernach als Sinn des Regentschaftsgesetzes angesehen werden muss, ist offenbar auch die Absicht der gesetzgebenden Faktoren der Jahre 1884/85 gewesen. Wie oben nachgewiesen, besteht nicht allein in der Literatur überwiegend die Ansicht, dass der Regent lediglich als Vertreter des Landesherrn handle, sondern dies wird auch in den meisten Verfassungen ausdrücklich ausgesprochen, wie auch demgemäss die Gesetze im Namen des Landesherrn verkündet werden. Hätte man den bei uns bestehenden Fall einer Regentschaft als einen solchen an-

gesehen, der unter die allgemeine Regel fiele, so hätte man auch bei uns diese Form anwenden müssen, während umgekehrt von den seit dem Tode des Herzogs Wilhelm erlassenen Gesetzen kein einziges eine Erwähnung des Herzogs von Cumberland enthält. Offenbar ist man also der Ansicht gewesen, dass derselbe nicht die normale Stellung eines verhinderten Landesherrn einnehme, d. h. dass ihm nicht nur diejenigen Rechte vorenthalten sind, die eine Ausübung der Regierungsgewalt darstellen, sondern dass seine Rechtsstellung, so lange die Verhinderung dauert, nach aussen überhaupt nicht hervorzutreten habe. Wenn es sich um einen kranken oder sonst regierungsunfähigen Landesherrn handelte, würde man zweifellos sich der üblichen Form bedienen. Man ist also der Meinung, dass die in dem Regentschaftsgesetze umfassten Fälle nicht gleichartig sind, sondern verschieden behandelt werden müssen. Diese Auffassung der gesetzgebenden Faktoren ist nach dem oben Gesagten für die Auslegung des Gesetzes Seitens der Landessynode maassgebend.

X. Die Bittschrift macht geltend, dass das bei uns geübte Verfahren in Deutschland einzig dastehe. Darauf ist zu entgegnen, dass auch der bei uns bestehende staatsrechtliche Zustand in den Verhältnissen anderer Bundesstaaten keinerlei Vorbild und Beispiel findet. Es ist richtig, dass in Bayern, Mecklenburg-Schwerin, Lippe-Detmold und Coburg-Gotha, wo die Regierung durch einen Regenten geführt wird, das Kirchengebet eine Fürbitte für den Landesherrn enthält. Aber die hieraus hergeleitete Folgerung, dass bei uns das Gleiche gelten müsse, ist unrichtig. Es kommt nicht darauf an, dass auch in diesen Staaten eine Regentschaft besteht, denn es handelt sich für uns gar nicht um die Rechte des Regenten, sondern um diejenigen des Landesherrn. Die letzteren aber müssen, wie oben dargelegt, aus dessen Person bezw. aus dem Grunde der Verhinderung bestimmt werden. Dieser besteht in den gedachten Ländern darin, dass der Landesherr wegen jugendlichen

Alters oder wegen geistiger Krankheit nicht im Stande ist, rechtsgiltige Willenserklärungen vorzunehmen; der Wille eines Unerwachsenen oder Geisteskranken wird vom Rechte nicht als Wille anerkannt. Geht man nun davon aus, dass dem an der Ausübung der Regierung behinderten Landesherrn nur diejenigen Rechte genommen sind, die ihrer Natur nach von der Verhinderung berührt werden, dass aber alle sonstigen Befugnisse ihm bleiben, dass, mit anderen Worten, die Wirkung der Verhinderung genau so weit reichen muss, wie ihre Ursache, so gelangt man zu dem Ergebnisse, dass ein minderjähriger oder geisteskranker Landesherr lediglich insoweit in seiner vollen Rechtsstellung beeinträchtigt ist, wie es sich um die von ihm ausgehenden Willensakte handelt, d. h. dass er die aktiven Regierungsrechte nicht ausüben kann, dass aber alle diejenigen Ausflüsse aus seiner Eigenschaft als Landesherr, bei denen er lediglich passiv in Betracht kommt, insbesondere die ihm gebührenden Ehrenerweisungen durch die Verhinderung nicht berührt werden. Zu diesen letzteren gehört neben den übrigen oben erwähnten Ehrenrechten insbesondere auch die Erwähnung im Kirchengebete.

Aber dies trifft nicht zu für das Herzogthum Braunschweig. Hier bietet nicht die Person des Herzogs von Cumberland ein Hinderniss für die Regierung, sondern der Grund seiner Verhinderung liegt ausschliesslich in seinem Verhältnisse zu Preussen. Deshalb aber beschränkt sich die Verhinderung nicht auf irgend einen Theil der landesherrlichen Rechte, insbesondere auf solche, bei denen eine aktive Mitwirkung in Frage steht, sondern umfasst die Gesammtheit der Rechtsstellung als Landesherrn, zu der, wie oben nachgewiesen, auch die Berücksichtigung im Kirchengebete gehört.

Auch Rhamm (a. a. O. S. 329 Anm. 2) bemerkt, dass freilich die Regentschaft an sich Ausübung der Staatsgewalt für den Herrscher und der Regent seiner staatsrechtlichen Stellung nach

zwar nicht Beauftragter, wohl aber Ersatzmann des Herrschers sei, dass aber die besonderen politischen Umstände, welche bei uns die Einsetzung der gegenwärtigen Regentschaft veranlasst hätten, nicht ohne eigenthümliche Rechtswirkungen geblieben seien, die insbesondere darin hervorträten, dass die Regierungserlasse des Regenten des vorliegenden Vertretungsverhältnisses keine Erwähnung thun.

XI. Nach dem oben Ausgeführten kann es kaum einem Zweifel unterliegen, dass wenn bei der Beschlussfassung über das Regentschaftsgesetz und bei den demnächst auf Grund desselben stattgefundenen Staatsaktionen die jetzt vorliegende Frage aufgeworfen und zur Entscheidung gelangt wäre, man sie im Sinne der Ablehnung der kirchlichen Fürbitte beantwortet haben würde, da man das völlige Ruhen der landesherrlichen Rechte beabsichtigte. Aber könnte noch irgend ein Zweifel in dieser Richtung bestehen, so ist derselbe gehoben durch das Gesetz vom 12. Febr. 1886 No. 9, in welchem für die Dauer der Regentschaft angeordnet ist, dass die in §§ 26 u. 132 N. L.-O. vorgeschriebenen, dem Landesherrn zu leistenden Huldigungseide lediglich dem Regenten geschworen werden. Das Gesetz bezeichnet sich selbst als Ergänzung des Regentschaftsgesetzes, und obleich das letztere ein Theil der Verfassung geworden ist, so ist doch, da wie oben gezeigt, nach gemeinem deutschen Staatsrechte auch Verfassungsänderungen während der Dauer der Regentschaft zulässig sind, hieraus ein Bedenken gegen seine Rechtsgiltigkeit um so weniger zu entnehmen, als dieser Standpunkt bei den Verhandlungen über das Regentschaftsgesetz insofern ausdrücklich als auch für uns maassgebend anerkannt ist, als man den Zusatz des Entwurfes, nach welchem während der Regentschaft Verfassungsänderungen unzulässig sein sollten, unter Berufung auf das Unberechtigte einer solchen Vorschrift gestrichen hat (Rhamm a. a. O. S. 97 Anm. 2). In dem gedachten Gesetze ist aber der hier vertretene Standpunkt, dass auch die dem Herzog von Cumberland als

Landesherrn zustehenden Ehrenrechte während der Dauer der Regentschaft ruhen sollen, mit völliger Klarheit zum Ausdrucke gebracht, denn es ist nicht abzusehen, welcher Grund dafür sprechen sollte, das Recht auf den Huldigungseid anders zu behandeln als die übrigen Ehrenrechte, da es eine aktive Bethätigung des Berechtigten, insbesondere einen Willensakt ebensowenig wie diese voraussetzt, vielmehr lediglich passiver Natur ist. Hier tritt deshalb auch der Unterschied der hiesigen Verhältnisse gegen diejenigen in Bayern, Mecklenburg u. s. w., wo überall der Huldigungseid dem Landesherrn geleistet wird, deutlich hervor, und es ist klar, dass die von den Bittstellern mit diesen Staaten gezogene Parallele von einer anderen Grundauffassung ausgeht als der hiesige Gesetzgeber.

Ist die hier vertretene Ansicht richtig, so werden auch gegen den Herzog von Cumberland die Strafthaten des Hochverrathes (St. G.-B. §§ 80 ff.) und der Majestätsbeleidigung (St. G.-B. § 94) nicht begangen werden können, eine Folgerung, die für die vorliegende Frage ohne Bedeutung ist, die aber gelegentlich zur gerichtlichen Entscheidung gelangen kann. —

Hiernach ist davon auszugehen:

1. dass der Herzog von Cumberland als „Landesherr" anzusehen ist,
2. dass er aber auf der anderen Seite für die Dauer der in dem Regentschaftsgesetze vorgesehenen Verhinderung von der Ausübung der landesherrlichen Rechte im vollen Umfange ausgeschlossen ist, und dass unter diesem Gesichtspunkte auch das Recht auf kirchliche Fürbitte beurtheilt werden muss,
3. dass endlich das Vorhandensein der bezeichneten Verhinderung durch die Akte der staatlichen Faktoren aus den Jahren 1884/85, insbesondere die Konstituirung des Regentschaftsrathes und die Wahl des Regenten mit gesetzlicher Kraft und verbindlicher Wirkung für alle Landeseinwohner

und Behörden festgestellt ist und eine Aenderung hierin nur auf dem Wege der staatlichen Gesetzgebung möglich ist.

Bei der Verhandlung im Plenum wurde von dem Regierungsvertreter eine Erklärung des Staatsministeriums verlesen, nach welcher die Zustimmung dazu ertheilt wurde, dass der Herzog von Cumberland erbberechtigter Thronfolger im Sinne des Regentschaftsgesetzes sei, während gegen die Auffassung, ihn als Landesherrn anzusehen, Bedenken erhoben wurden, ohne aber zu dieser Frage endgiltig Stellung zu nehmen, mit der Begründung, dass die staatlichen Faktoren dies bisher „im wohlverstandenen Interesse des Staates" vermieden hätten. Es wurde hinzugefügt, dass die Regierung sich an den weiteren Verhandlungen nicht betheiligen würde.

Ich meinerseits erklärte, dass ich die hierin zum Ausdrucke gebrachte Stellungnahme der Regierung, das Rechtsverhältniss des Herzogs von Cumberland absichtlich im Dunkeln zu lassen, nicht für richtig hielte, vielmehr davon ausginge, dass die Leitung des Staates auf Recht und Gerechtigkeit aufgebaut sein müsse und dass es nicht dazu beitrage, das Gefühl, dass dies geschehe, zu stärken, wenn man sich scheue, über eine der Grundlagen, auf denen das ganze Staatsleben beruhe, völlige Klarheit zu schaffen.

Ausser dieser Regierungserklärung war der Synode von den Verfassern der Eingabe ein Gegengutachten überreicht, in dem meine Auslegung des Regentschaftsgesetzes aus dem Grunde beanstandet war, weil eine Auslegung nur soweit zulässig sei, wie ein zweifelhafter Wortlaut des Gesetzes vorliege, während meiner Berufung auf das allgemeine deutsche Staatsrecht entgegengehalten wurde, dass in keinem der vorliegenden Handbücher ein Unterschied der Rechtsstellung des Regenten und des Landesherrn je nach der Ursache der Regentschaft anerkannt sei.

Was den ersten Einwand betrifft, so berief ich mich demgegenüber auf WINDSCHEID, der es für die Aufgabe des Richters erklärt, den Willen des Gesetzgebers nicht nur da zu erforschen, wo dieser das von ihm Gewollte in einen mangelhaften Ausdruck gekleidet hat, sondern auch da, wo er einen Gedanken überhaupt nicht gedacht hat, wo aber anzunehmen ist, dass, falls er dies gethan hätte, er seine Entscheidung in einem bestimmten Sinne getroffen haben würde. Es ist richtig, dass dieser Standpunkt die Aufgabe des Richters wesentlich erweitert, aber es entspricht meines Erachtens dem Interesse der Rechtsentwicklung, wenn der Richter nicht auf das enge Gebiet der Auslegung des gegebenen Gesetzes beschränkt, sondern zu einem Recht schaffenden Organe gemacht wird.

Dass in den Handbüchern des Staatsrechts zwischen der Rechtsstellung eines regierungsfähigen und eines regierungsunfähigen Landesherrn nicht unterschieden wird, ist richtig, aber der Fall einer Regentschaft für einen regierungsfähigen Landesherrn, wie er in Braunschweig besteht, ist in der That der erste seiner Art. Bisher hatte man, wo politische Gründe, insbesondere eine Missregierung dazu geführt hatten, einem solchen Herrscher die Regierung vorzuenthalten, einfach Thronentsetzung eintreten lassen. Noch in dem Falle des Herzogs Karl war demgemäss verfahren. Hat man jetzt zuerst zu dem Mittel einer blossen Regentschaft gegriffen, so kann man auf das Vorbild der Regentschaften für regierungsunfähige Landesherren offenbar nicht zurückgreifen, sondern muss die Anhaltspunkte unter Beobachtung der bisherigen Rechtsentwicklung gewinnen, d. h. man muss die Richtungslinien, die sich in ihr erkennen lassen, weiter ziehen, um zu ermitteln, welche Konsequenzen in der Rechtsbildung gewissermaassen potentiell enthalten sind und nur auf Ausgestaltung warten. Ist das Recht ein Organismus, dessen Triebkraft auf dem unbewusst schaffenden Volksgeiste beruht, so muss von ihm dasselbe gelten wie von der Pflanze, deren spätere Gestalt ebenfalls in ihrem Keime be-

reits enthalten ist. Nun finden wir in der bisherigen Rechtsentwicklung, wie oben hervorgehoben, eine allmählige Milderung der Wirkung der das Regierungsrecht entziehenden Thatsachen. Bei der Regentschaft für regierungsunfähige Monarchen ist diese Entwicklung bereits im Wesentlichen dahin zum Abschlusse gelangt, dass dem verhinderten Landesherrn nur die aktiven Regierungsrechte vorenthalten werden. Bei regierungsfähigen Personen, denen man die Regierung nicht überlassen konnte, bestand bisher völliger Verlust der Rechte, der aktiven sowohl wie der passiven durch Thronentsetzung. Sieht man von ihr ab, so ist offenbar der nächste Schritt, ihnen auch ferner alle Rechte zu nehmen, nur mit der Einschränkung, dass sie dieselbe nicht der Substanz nach, sondern nur deren Ausübung verlieren. Später mag man vielleicht noch weiter gehen und auch den Verlust der Ausübung auf die aktiven Rechte beschränken, aber dies schon heute zu thun, würde einen Sprung in der Rechtsentwicklung bedeuten.

Ich will übrigens bemerken, dass ich einige Staatsrechtslehrer brieflich um ihre Ansicht befragt und dass sie sämtlich mein Ergebniss gebilligt haben, dass der Herzog von Cumberland keinen Anspruch auf die Majestätsrechte besitze. Allerdings wird von ihnen zum Theil ein anderer Weg der juristischen Konstruktion eingeschlagen. So erkennt Hänel den Herzog von Cumberland als verhinderten Landesherrn überhaupt nicht an, sondern meint, die braunschweigische Regentschaft sei in Wahrheit gar nicht eine solche, sondern ein nach deren Analogie geschaffenes Auskunftsmittel, um die Landesherrenlosigkeit Braunschweigs zu verdecken und im legitimistisch-föderalistischen Sinne eine wahre Zwischenregierung zu schaffen, die dem Kronprätendenten die Möglichkeit offen halte, durch Erfüllung der durch die Reichsverfassung geforderten Bedingungen, nämlich des bedingungslosen Verzichtes auf Hannover, die Umwandlung seiner blossen Prätension in ein erwerbungsfähiges Recht zu bewirken. Er will des-

halb alle Analogien aus der normalen Regentschaft ausschliessen, gelangt aber dazu, einen neuen Fall der Zwischenherrschaft anzuerkennen, da man bisher eine solche nur da zuliess, wo der Thronerbe noch nicht geboren und es deshalb zweifelhaft war, ob er geboren werden würde. LABAND will das Recht auf kirchliche Fürbitte nicht nach staatsrechtlichen, sondern ausschliesslich nach kirchlichen Vorschriften beurtheilen und sieht in denselben nur eine liturgische Handlung, die allerdings eine politische Bedeutung habe, aber gerade deshalb im vorliegenden Falle ausgeschlossen bleiben müsse; er verweist daneben auf das entsprechende Recht des Patrons, das nur von einer im thatsächlichen Besitze des Patronates befindlichen Person ausgeübt werden könne. Die staatsrechtliche Bedeutung des Kirchengebetes für den Landesherrn zu bestreiten, scheint mir aus dem Grunde nicht angängig, weil der bezügliche Anspruch überall als ein Theil der landesherrlichen Majestätsrechte anerkannt wird.

Ich sehe davon ab, die aufgeworfenen Fragen hier weiter zu vertiefen, glaube aber unseren Staatsrechtslehrern empfehlen zu dürfen, bei der Behandlung der Regentschaft künftig auch den Fall der Verhinderung eines regierungsfähigen Landesherrn in Betracht zu ziehen. Meines Erachtens darf derselbe nicht mit demjenigen der Verhinderung eines regierungsunfähigen Monarchen auf dieselbe Stufe gestellt werden, enthält vielmehr eine staatsrechtliche Neubildung, die höchst interessante Fragen aufwirft und aus wesentlich neuen Gesichtspunkten beurtheilt werden muss.



Die Zurückziehung von Titeln, Orden und Ehrenzeichen nach dem Verwaltungsrecht Preussens.

Von

Gerichtsassessor Dr. E. BRAUN in Trier.

ROBERT V. MOHL sagt in seinem Werke „Staatsrecht, Völkerrecht und Politik“ [1] von den Orden, dass sie keines der schwächsten Regierungsmittel seien. „Jener glänzende Tand“, erklärte er, „hat eine ganz bedeutende staatliche Wichtigkeit.“ Im Einklange hiermit kann wohl allgemein behauptet werden, dass die regelmässig dem Staatsoberhaupte zustehende Befugnis zur Verleihung von Ehrenauszeichnungen von nicht zu unterschätzender Bedeutung für die Wohlfahrt eines Staates ist. Dies haben die preussischen Könige von jeher erkannt und weise zu benutzen gewusst. Von Friedrich I., der, gleichzeitig mit der Annahme der Königswürde, den Schwarzen Adlerorden errichtet hat, bis auf den heutigen Tag haben sie eine überaus grosse Zahl von Orden und ordensähnlichen Auszeichnungen geringerer Art (sog. Ehrenzeichen) [2]

[1] 1862 Bd. II 1 S. 158.

[2] „Eigentliche Orden haben ihre besonderen Statuten, ihre Verfassung und ihr Oberhaupt, das gewöhnlich der Herrscher selbst als Grossmeister ist, sie gewähren den Rittertitel, sowie meist einen gewissen Rang und werden durch besonderes Diplom verliehen; die blossen Ehrenzeichen sind dagegen nur als Ehrenschmuck zu betrachten.“ SCHULZE, Das preussische Staatsrecht 2. Aufl. Bd. I § 51 S. 166 No. 1.

gestiftet, sowie auch zur Verleihung nicht nur an Beamte, sondern auch an andere Personen die mannigfachsten Titel geschaffen.

Im Gegensatz zu dieser hohen Bedeutung des Titel- und Ordenswesens im allgemeinen und seiner blühenden Entwicklung in Preussen im besondern steht die geringe Sorge, welche die Rechtswissenschaft auf die juristische Behandlung der gedachten Institute verwandt hat. Insbesondere die Art und Weise des Verlustes der Auszeichnungen hat bisher noch kaum eine erschöpfende Darstellung gefunden. Kein Wunder, dass in dieser Beziehung so ziemlich alles zweifelhaft erscheint!

Im folgenden soll nun untersucht werden, ob der König von Preussen die von ihm verliehenen Titel, Orden oder Ehrenzeichen wieder entziehen kann. Ausgeschieden von der Betrachtung bleibt also die Frage, ob der König nichtpreussische oder sonst von Dritten verliehene Auszeichnungen entziehen kann. Ausgeschieden bleibt aber auch die Frage, ob dem Könige in Bezug auf den von ihm verliehenen Adel ein Entziehungsrecht zusteht. Allerdings gehört der Adel im Sinne der preussischen Verfassungsurkunde [3], gleich den Titeln, Orden und Ehrenzeichen, zu den mit Vorrechten nicht verbundenen Auszeichnungen, er kann jedoch nicht unter einen jener drei Begriffe subsumiert werden [4], sondern stellt eine selbständige Einrichtung dar. Dem-

---

[3] Vgl. Art. 50 daselbst, sowie SCHWARTZ, Die Verfassungsurkunde für den preussischen Staat vom 31. Januar 1850 2. Ausgabe, zu Art. 50 S. 143 unter B.

[4] Der Adel ist zwar kein eigentlicher Stand mehr, aber auch kein blosser Titel, worauf schon seine regelmässige Erblichkeit hinweist. Er ist teils mehr als eine blosse Ehrenauszeichnung, indem er die sog. Adelsqualität verleiht, teils weniger, indem vom „Namen" geltende Rechtssätze auf ihn Anwendung finden. Wegen seiner besonderen geschichtlichen Bedeutung und seiner juristischen Eigentümlichkeiten spricht man richtig von einem „Adelsprädikate". Derselben Auffassung und demselben Sprachgebrauche huldigt das Reichsstrafgesetzbuch. In den §§ 33, 34 No. 3 begreift dasselbe unter „Titel" nicht den Adel (vgl. Motive zum II. Entwurfe des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund zu §§ 30, 31), während

gegenüber liegt es in der Natur der Sache, dass bei Behandlung des Stoffes der Fall einer strafgerichtlichen Verurteilung des Inhabers der Auszeichnung einer ganz besonderen Würdigung bedarf.

I.

Wenn der König von Preussen Titel, Orden oder Ehrenzeichen verleiht, so thut er das nicht als Privatperson, sondern als Staatsoberhaupt, als Träger der Staatsgewalt in Preussen, m. a. W., die Verleihung solcher Auszeichnungen ist ein Regierungsakt[5]. Dies gilt nicht nur von den Amtstiteln, sondern auch von den nicht mit einem Amte verbundenen Titeln, nicht

es in § 360 No. 8 die unbefugte Annahme von Orden, Ehrenzeichen, Titeln und „Adelsprädikaten" bedroht. Dem Strafgesetzbuche folgend, stellen auch Schwartz a. a. O., v. Rönne, Das Staatsrecht der preussischen Monarchie 5. Aufl. Bd. I § 12 S. 212 unter b, und Bornhak, Preussisches Staatsrecht 1888 Bd. I § 75 S. 471, Adel und Titel als getrennte Rechtsbegriffe neben einander.

[5] Hieran muss entgegen der am 5. März 1901 vom Reichskanzler Grafen von Bülow bei Beratung des Etats im Deutschen Reichstage vertretenen Auffassung, die Ordensverleihung sei ein persönliches Ehrenrecht der Krone, festgehalten werden. Allerdings rechnet v. Rönne (a. a. O. S. 210) die Verleihung von Titeln, Orden und Ehrenzeichen noch zu den „Ehrenrechten" des Königs, er verkennt aber nicht ihren Charakter als Staatseinrichtung. Anschütz (in der Deutschen Juristenzeitung von 1899 No. 3 S. 55) erklärt, die Ehrenhoheit des Königs sei ein Regierungsrecht kein sog. persönliches Ehrenrecht, und ihre Ausübung sei ein Regierungsakt, der bedauerlicherweise in der Praxis meist keine ministerielle Gegenzeichnung erhalte. Diesen Ausführungen dürfte beizupflichten sein. Kirchenheim (Lehrbuch des deutschen Staatsrechts 1887 § 41 S. 187) will zwischen Verdienst- und Kourtoisieorden einen Unterschied machen, indem er die Erteilung der ersteren zu den Regierungs-, die der letzteren zu den Ehrenrechten zählen will. Eine solche Unterscheidung ist jedoch hinfällig, da sie in der Verfassung keines Ordens gemacht wird. Aufs entschiedenste vertritt den Standpunkt, dass kein Ehrenrecht, sondern ein Regierungsrecht des Monarchen vorliege, Bornhak a. a. O. § 75 S. 468. Aehnlich die übrigen neueren Schriftsteller. Vgl. auch G. Meyer, Deutsches Staatsrecht 5. Aufl. § 84 S. 227 Anm. 10, Heffter, Weltliche Orden, in Bluntschli und Brater, Deutsches Staatswörterbuch 1862 Bd. VII S. 383 f., v. Mohl a. a. O. S. 158.

nur von den Verdienstorden, sondern auch von den sog. Courtoisieorden und Ehrenzeichen. Die von dem Könige verliehenen derartigen Auszeichnungen sind somit staatliche Auszeichnungen, wie sie mehr oder minder jeder Staat verleiht, der sie nicht geradezu als unvereinbar mit der öffentlichen Rechtsordnung [6] erklärt hat. Hieraus ergiebt sich, dass, wenn staatliche Titel, Orden oder Ehrenzeichen überhaupt nach allgemeinen Grundsätzen an sich [7] wieder entzogen werden können, dies auch von solchen durch den König von Preussen verliehenen Auszeichnungen gilt. Bei dem, wie sich später herausstellen wird, verhältnismässigen Mangel positiver preussischer Bestimmungen zur Sache, ist es daher angemessen, an erster Stelle zu erörtern, ob staatliche Titel, Orden oder Ehrenzeichen an sich [7] wieder entzogen werden können. Erst danach soll die besondere Entwicklung in Preussen untersucht werden.

Wenn man Titel, Orden und Ehrenzeichen unter dem Namen „Ehrenauszeichnungen“ zusammenfasst, so denkt man gewöhnlich daran, dass der Beliehene dadurch ehrenvoll ausgezeichnet werden solle, z. B. wegen einer mutvollen That, wegen pflichtgetreuer Amtsführung. Damit ist der Begriff der Ehrenauszeichnungen jedoch noch nicht erschöpft, vielmehr besagt er auch, dass der Beliehene sich thatsächlich auszeichne z. B. durch Mut, durch Pflichttreue. Wenn auch im einzelnen Falle die Ehrenauszeichnung dem Inhaber nur die eine oder andere ehrenvolle Eigenschaft zuspricht, so bedeutet sie doch allgemein, mit Rücksicht auf jeden nicht unterrichteten Dritten, die Zuerkennung eines ehrenhaften Charakters überhaupt [8]. Diese Zuerkennung kann jedoch der Staat jemandem nur unter der Voraussetzung zuteil werden lassen,

---

[6] Vgl. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte 1892 S. 321 unten.

[7] D. h. in Ermangelung besonderer Normen.

[8] Von den Orden sagt v. Mohl (a. a. O. Bd. II, 1 S. 158), dass dadurch Verdienste um den Staat und Wohlgefallen des Regenten an der Person öffentlich anerkannt werden sollen.

dass er nicht nur zur Zeit der Auszeichnung ein Ehrenmann ist, sondern sich auch weiterhin ehrenhaft verhält[9]. In dem Augenblicke, wo der Inhaber des Titels, Ordens oder Ehrenzeichens sich etwas Unehrenhaftes zu schulden kommen lässt, verliert er seinen ehrenhaften Charakter, die weitere Zuerkennung desselben würde daher eine Unwahrheit darstellen. Das aber kann der Staat nicht wollen, da es gegen den Zweck der ganzen Einrichtung verstossen würde, indem doch durch dieselbe „die moralischen Kräfte im Volke vielseitig angeregt, gestärkt und auf die öffentliche Wohlfahrt hingelenkt werden sollen“[10]. Der Bestand der Ehrenauszeichnung ist mithin stets — und zwar auch, wenn der Inhaber ein, wie immer geartetes, Recht darauf besässe —, von der Voraussetzung oder, wenn man will, der stillschweigenden Bedingung[11] abhängig, dass der Ausgezeichnete eine ehrenhafte Persönlichkeit ist und bleibt[12]. Hieraus folgt, dass, wenn diese Voraussetzung eine irrige ist oder sich nicht erfüllt, also insbesondere, wenn der Inhaber gegen die ihm obliegende Ehrenverpflichtung handelt, ihm sein Titel, Orden oder Ehrenzeichen zwar nicht ipso iure verloren geht, wohl aber, in Ermangelung anderer Vorschriften, vom Staate entzogen werden kann[13]. Die Ehrenverpflichtung, von deren Nichtbeobachtung

[9] Vgl. Heffter a. a. O. S. 386: „Das einzige Praktische der Ordensbeleihung ist die dauernde Ehrenverpflichtung des Beliehenen und das Anspornen anderer zur Nacheiferung.“ Nach Jellinek a. a. O. S. 325 soll das Führen von Titeln und Tragen von Orden mit einer bestimmten fortgesetzten Lebensbethätigung verbunden sein.

[10] Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht 2. Aufl. Bd. II S. 12.

[11] Man kann diese Begriffe in jedem Falle benutzen; denn „die juristische Konstruktion entlehnt das Staatsrecht vom Privatrechte“, v. Gerber, Ueber öffentliche Rechte 1852 S. 36 unter I.

[12] Nur so hat es einen Sinn, wenn Kirchenheim a. a. O. § 41 S. 187 in Bezug auf die Verleihung von Orden und Würden sagt, dass dadurch der Begriff der Ehre zur rechtlichen Potenz im Staatsleben werde.

[13] Die Motive zum Entwurfe des Preussischen Strafgesetzbuchs von 1851 (zu § 20) führen aus, „die Uebertragung der Ehrenrechte (wozu auch die Titel, Orden und Ehrenzeichen gehören) setze als notwendige Bedingung

die Entziehungsbefugnis des Staates abhängt, ist jedoch keineswegs als für alle Auszeichnungen und Personen völlig gleichartig anzusehen, vielmehr kommt es hierbei sowohl auf Höhe und Art der Auszeichnung als auf die persönlichen Verhältnisse des Ausgezeichneten an. Eine andere ist die Ehrenverpflichtung desjenigen, der den höchsten Staatsorden erhalten hat, eine andere die des Inhabers eines einfachen Ehrenzeichens. Ebenso verschiedene Ehrenverpflichtungen haben der Inhaber eines Militärverdienstordens und der Arzt, dem der Titel „Sanitätsrat" oder der Kaufmann, dem der Titel „Kommerzienrat" [14] zu teil geworden ist. Es kann deshalb vorkommen, dass wegen derselben Handlung (z. B. Feigheit) dem einen seine Auszeichnung entzogen werden kann, dem andern nicht. Das ist aber festzuhalten, dass bei erheblichen Rechtsverletzungen der Staat die von ihm verliehenen Auszeichnungen regelmässig wieder entziehen kann; denn jene vertragen sich kaum je mit der Ehrenverpflichtung des Inhabers.

Wir sind somit schon allein auf Grund des Begriffes der

---

die Unbescholtenheit voraus, mit dem Wegfalle derselben hörten die übertragenen Rechte von selbst auf". Dies widerspricht unserer Auffassung insofern nicht, als mit dem Aufhören der „Rechte" die Auszeichnung noch nicht verloren ist, wie das Bestehen der Vorschrift des § 22 desselben Preussischen Strafgesetzbuches ja lehrt.

[14] Ein Kaufmann, dem der Titel „Kommerzienrat" verliehen worden ist, darf sich vor allem kein unlauteres Geschäftsgebahren zuschulden kommen lassen. Offenbar aus diesem Grunde hat nach jüngst durch die Zeitungen gegangenen Berichten der Herzog von Anhalt vor nicht langer Zeit den von ihm verliehenen Kommerzienratstitel einem gewissen X wieder entzogen. Da X den Titel trotzdem weitergeführt hat, ist er vom Schöffengerichte in Coethen auf Grund des § 360 No. 8 des R.-Str.-G.-B. verurteilt worden. Die von ihm beim Landgerichte Dessau und Oberlandesgerichte Naumburg eingelegten Rechtsmittel sind erfolglos geblieben. Es kommt zwar in diesem Falle anhaltisches Staatsrecht in Betracht; danach dürften aber die Verhältnisse kaum anders liegen, als in Preussen. Die wiederholten Bemühungen des Verfassers in den Besitz der Strafurteile zu gelangen, um die Ansichten der Gerichtshöfe anführen zu können, sind erfolglos geblieben.

Ehrenauszeichnung dazu gelangt, dem Staate an und für sich eine ziemlich weitgehende Befugnis zur Entziehung der von ihm verliehenen Titel, Orden und Ehrenzeichen zuzusprechen, ohne dass wir bisher geprüft hätten, ob der Inhaber einer solchen Auszeichnung in Bezug auf dieselbe wirklich ein subjektives Recht hat oder nicht. Es giebt nun aber Fälle, in denen unser natürliches Rechtsgefühl dem Staate ein Entziehungsrecht gewähren will, ohne dass dem Inhaber irgend welche Unehrenhaftigkeit zur Last gelegt werden könnte. Man nehme nur an, ein Soldat, der sich im Kampfe gar nicht hervorgethan hat, habe infolge irrtümlichen[15] Berichts einen Orden für ausserordentliche Tapferkeit bekommen oder ein Politiker habe, nachdem er einen hohen Titel für verdienstvolles Wirken erhalten hat, in einer dem allgemeinen Besten zuwiderlaufenden Weise die Politik der Staatsregierung bekämpft. Auch in derartigen Fällen erscheint ein Entziehungsrecht des Staates erforderlich, und es drängt sich daher die Frage auf, ob nicht der Staat an sich die von ihm verliehenen Auszeichnungen, auch abgesehen von einer Unehrenhaftigkeit des Inhabers, vielleicht gar in unbeschränkter Weise, wieder entziehen kann.

Die Staatsgewalt ist zwar formell eine schrankenlose Gewalt. sie kann aber nicht, ohne ein materielles Unrecht zu begehen, Rechte von Einzelpersonen verletzen[16]. Hat daher der Inhaber einer Auszeichnung in Bezug auf dieselbe ein Recht, so muss der Staat es je nach seinem Charakter achten. Ist es ein Privatrecht, so steht es unter dem Schutze der vom Staate eingesetzten ordentlichen Gerichte, und es ist für den Staat unverletzlich[17].

[15] Ist der Orden dagegen auf Grund eines von dem Soldaten selber erdichteten Berichtes erteilt worden, so kann er schon wegen irriger Voraussetzung der Ehrenhaftigkeit des Auszuzeichnenden wieder entzogen werden.

[16] Aehnlich Schulze a. a. O. § 137 S. 136.

[17] Eine Entziehung wegen Irrigkeit oder Nichterfüllung der Voraussetzung, wovon das Recht seinem Wesen nach abhängig ist (wie der Ehrenverpflichtung), würde natürlich nicht als „Verletzung“ anzusehen sein.

wenn nicht ein besonderes Gesetz ihm einen Eingriff gestattet. Anders ist es beim öffentlichen Rechte[18], das weit mehr der Verfügung des Staates unterliegt. Es fragt sich also für uns, ob der Inhaber einer Auszeichnung ein (subjektives) Recht hat. Hat er keines, so kann sie ihm schlechthin entzogen werden, hat er aber eines, so ist von Wichtigkeit, ob es privaten oder öffentlichen Charakters ist.

Titel, Orden und Ehrenzeichen verleihen dem Ausgezeichneten ein Recht zum Führen des Titels und Tragen des Ordens oder Ehrenzeichens. Die Litteratur nimmt dies grösstenteils an[19]. Das Reichsstrafgesetzbuch (§ 360 No. 8) bedroht denjenigen, der „unbefugt" Titel, Orden oder Ehrenzeichen annimmt bezw. trägt, mit Strafe, es setzt also voraus, dass es Personen giebt, die ein Recht haben, Titel zu führen, Orden oder Ehrenzeichen zu tragen. Hiermit ist aber noch nicht bewiesen, dass der Ausgezeichnete wirklich ein Recht besitzt. Ob dies der Fall sei, lässt sich am besten feststellen, wenn man gleichzeitig den Charakter des Rechts untersucht.

Jedenfalls wird durch die Verleihung eines Titels, Ordens oder Ehrenzeichens kein subjektives Privatrecht auf die Auszeichnung begründet. Subjektives Privatrecht ist — darin stimmen die Rechtslehrer ziemlich überein — die auf ein Gut oder Interesse gerichtete, durch staatliche Anerkennung geschützte menschliche Willensmacht[20], die sich nicht gegen den Staat als solchen kehrt[21], sondern gegen gleichwertige Rechts-

[18] Der Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts ist, wie sich später herausstellen wird, ein bestrittener.

[19] Jellinek a. a. O. S. 321, Bluntschli a. a. O. S. 128 (bezüglich des Amtstitels), Heffter a. a. O. S. 385.

[20] Heimberger in der Kritischen Vierteljahresschrift Bd. XXXVI S. 234 f. Vgl. Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 4. Aufl. § 21 S. 21, Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts 8. Aufl. Bd. I § 37 S. 131 und Anm. 3 dazu.

[21] Tezner in Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart 1894 Bd. XXI S. 120.

subjekte[22]. Allerdings gewähren die in Frage kommenden Auszeichnungen dem Inhaber eine Willensmacht, welche auf die Führung der Auszeichnungen, also, zwar nicht auf ein Vermögensinteresse, aber doch auf ein Neigungsinteresse oder, wenn man will, auf das Gut der Ehre gerichtet ist. Diese Willensmacht ist zudem durch staatliche Anerkennung geschützt, wie sich schon aus dem bereits erwähnten § 360 No. 8 des Reichsstrafgesetzbuchs ergiebt. Allein es fehlt ihr das Charakteristische des subjektiven Privatrechtes, dass sie sich gegen andere, dem Inhaber gleichwertige Personen richtet. Ich kann zwar, wenn ein anderer mir das Recht zum Gebrauche meines Namens bestreitet oder mein Interesse durch unbefugten Gebrauch desselben verletzt, von dem andern Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen[23], nie aber kann ich dies, wenn der andere sich ein gleiches Verhalten gegenüber meinem Titel, Orden oder Ehrenzeichen herausnimmt. Wenn und soweit der Staat hiergegen einschreitet (z. B. aus § 360 No. 8 a. a. O.), thut er dies nicht in meinem, sondern im staatlichen Interesse. Ich könnte freilich im Wege der Privatklage die Bestrafung jemandes durchsetzen, der behauptet hat, eine von mir geführte Auszeichnung stehe mir nicht zu, aber damit wäre der andere noch nicht gezwungen, meine Auszeichnung anzuerkennen, er wäre nur wegen Beleidigung bestraft, nicht weil er meinen Titel u. s. w. nicht anerkannt. Es ist eben keine andere mir gleichgeordnete Person verpflichtet, meine Auszeichnung anzuerkennen, diese Anerkennung schuldet mir vielmehr nur der Staat[24].

Damit stünde fest, dass der Inhaber einer Auszeichnung kein subjektives Privatrecht darauf haben kann. Nur bei Orden

[22] O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht 1896 Bd. I S. 109 § 9.

[23] Vgl. Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich § 12.

[24] Was die Titel angeht, so bezeichnet Schulze in Marquardsen's Handbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 1884 Bd. II Halbbd. II S. 45 dieselben als öffentliche d. h. staatlich anzuerkennende und von den Behörden zu gebrauchende Bezeichnungen.

und Ehrenzeichen könnten sich Schwierigkeiten daraus ergeben, dass die Auszeichnung hier an einem körperlichen Gegenstande gewissermassen haftet. Dabei sind zwei Fälle zu unterscheiden. Entweder stellt der die Auszeichnung verleihende Staat diesen Gegenstand (die Insignien des Ordens oder Ehrenzeichens) oder aber der Auszeichnungsempfänger beschafft ihn sich selber. In ersterem Falle, der der gewöhnliche ist, wird regelmässig nur ein Nutzungsrecht an dem Gegenstande begründet[25], was naturgemäss immer dann anzunehmen ist, wenn die Insignien nach dem Tode des Ausgezeichneten dem Staate zurückzugeben[26] oder an Dritte[27] abzuliefern sind. Ein solches Nutzungsrecht mag immerhin ein privates Recht sein[28], aber es ist nicht gleichbedeutend mit einem „Rechte auf die Auszeichnung", mit dem niemals privaten Anspruche des Inhabers der Auszeichnung auf staatliche Anerkennung. Im Gegenteile hängt das Nutzungsrecht seiner Natur nach von jenem Anspruche ab und muss daher untergehen, wenn jener zu bestehen aufhört[29]. Der Anerkennung

---

[25] Vgl. HEFFTER a. a. O. S. 385.

[26] Dies ist in Preussen die Regel. Vgl. die Allgemeine Verfügung vom 27. Mai 1840 (Justiz-Ministerialblatt 1840 S. 195).

[27] z. B. an die Kirchspiele, wie die preussischen Kriegsdenkmünzen von 1813, 1814 und 1815; vgl. die erwähnte Allgemeine Verfügung vom 27. Mai 1840.

[28] Man muss dies aber nicht notwendig annehmen. O. MAYER a. a. O. § 39 S. 160 spricht von einem „öffentlichrechtlichen Nutzungsrechte" an Sachen, die ausser dem civilrechtlichen Verkehr stehen. Ob die vom Staate gestellten Insignien aber im eigentlichen Sinne zu den ausser dem civilrechtlichen Verkehr stehenden Sachen gehören, dürfte mindestens zweifelhaft sein. Auch v. STENGEL (Oeffentliche Rechte und Pflichten im Wörterbuche des deutschen Verwaltungsrechtes Bd. II S. 182) spricht von öffentlichen Rechten auf Benutzung öffentlicher Sachen, während JELLINEK (a. a. O. S. 72) die Idee eines öffentlichen Sachenrechtes für unhaltbar ansieht. Letzterem dürfte beizupflichten sein. Soviel ist jedenfalls sicher, dass, wenn auch das vorliegende Nutzungsrecht auf öffentlichrechtlichem Grunde beruht, doch die gewöhnlichen civilrechtlichen Grundsätze darauf Anwendung finden.

[29] Z. B. durch Entziehung; vgl. HEFFTER a. a. O.

subjekte[22]. Allerdings gewähren die in Frage kommenden Auszeichnungen dem Inhaber eine Willensmacht, welche auf die Führung der Auszeichnungen, also, zwar nicht auf ein Vermögensinteresse, aber doch auf ein Neigungsinteresse oder, wenn man will, auf das Gut der Ehre gerichtet ist. Diese Willensmacht ist zudem durch staatliche Anerkennung geschützt, wie sich schon aus dem bereits erwähnten § 360 No. 8 des Reichsstrafgesetzbuchs ergiebt. Allein es fehlt ihr das Charakteristische des subjektiven Privatrechtes, dass sie sich gegen andere, dem Inhaber gleichwertige Personen richtet. Ich kann zwar, wenn ein anderer mir das Recht zum Gebrauche meines Namens bestreitet oder mein Interesse durch unbefugten Gebrauch desselben verletzt, von dem andern Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen[23], nie aber kann ich dies, wenn der andere sich ein gleiches Verhalten gegenüber meinem Titel, Orden oder Ehrenzeichen herausnimmt. Wenn und soweit der Staat hiergegen einschreitet (z. B. aus § 360 No. 8 a. a. O.), thut er dies nicht in meinem, sondern im staatlichen Interesse. Ich könnte freilich im Wege der Privatklage die Bestrafung jemandes durchsetzen, der behauptet hat, eine von mir geführte Auszeichnung stehe mir nicht zu, aber damit wäre der andere noch nicht gezwungen, meine Auszeichnung anzuerkennen, er wäre nur wegen Beleidigung bestraft, nicht weil er meinen Titel u. s. w. nicht anerkannt. Es ist eben keine andere mir gleichgeordnete Person verpflichtet, meine Auszeichnung anzuerkennen, diese Anerkennung schuldet mir vielmehr nur der Staat[24].

Damit stünde fest, dass der Inhaber einer Auszeichnung kein subjektives Privatrecht darauf haben kann. Nur bei Orden

---

[22] O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht 1896 Bd. I S. 109 § 9.

[23] Vgl. Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich § 12.

[24] Was die Titel angeht, so bezeichnet Schulze in Marquardsen's Handbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 1884 Bd. II Halbbd. II S. 45 dieselben als öffentliche d. h. staatlich anzuerkennende und von den Behörden zu gebrauchende Bezeichnungen.

und Ehrenzeichen könnten sich Schwierigkeiten daraus ergeben, dass die Auszeichnung hier an einem körperlichen Gegenstande gewissermassen haftet. Dabei sind zwei Fälle zu unterscheiden. Entweder stellt der die Auszeichnung verleihende Staat diesen Gegenstand (die Insignien des Ordens oder Ehrenzeichens) oder aber der Auszeichnungsempfänger beschafft ihn sich selber. In ersterem Falle, der der gewöhnliche ist, wird regelmässig nur ein Nutzungsrecht an dem Gegenstande begründet[25], was naturgemäss immer dann anzunehmen ist, wenn die Insignien nach dem Tode des Ausgezeichneten dem Staate zurückzugeben[26] oder an Dritte[27] abzuliefern sind. Ein solches Nutzungsrecht mag immerhin ein privates Recht sein[28], aber es ist nicht gleichbedeutend mit einem „Rechte auf die Auszeichnung", mit dem niemals privaten Anspruche des Inhabers der Auszeichnung auf staatliche Anerkennung. Im Gegenteile hängt das Nutzungsrecht seiner Natur nach von jenem Anspruche ab und muss daher untergehen, wenn jener zu bestehen aufhört[29]. Der Anerkennung

---

[25] Vgl. Heffter a. a. O. S. 385.

[26] Dies ist in Preussen die Regel. Vgl. die Allgemeine Verfügung vom 27. Mai 1840 (Justiz-Ministerialblatt 1840 S. 195).

[27] z. B. an die Kirchspiele, wie die preussischen Kriegsdenkmünzen von 1813, 1814 und 1815; vgl. die erwähnte Allgemeine Verfügung vom 27. Mai 1840.

[28] Man muss dies aber nicht notwendig annehmen. O. Mayer a. a. O. § 39 S. 16[illegible] spricht von einem „öffentlichrechtlichen Nutzungsrechte" an Sachen, die ausser dem civilrechtlichen Verkehr stehen. Ob die vom Staate gestellten Insignien aber im eigentlichen Sinne zu den ausser dem civilrechtlichen Verkehr stehenden Sachen gehören, dürfte mindestens zweifelhaft sein. Auch v. Stengel („Öffentliche Rechte und Pflichten" im Wörterbuche des deutschen Verwaltungsrechtes Bd. II S. 182) spricht von öffentlichen Rechten auf Benutzung öffentlicher Sachen, während Jellinek (a. a. O. S. 72) die Idee eines öffentlichen Sachenrechtes für unhaltbar ansieht. Letzterem dürfte beizupflichten sein. Sicher ist jedenfalls nicht, dass, wenn auch das vorliegende Nutzungsrecht auf öffentlichrechtlichem [illegible] beruht, nicht die gewöhnlichen civilrechtlichen Grundsätze [illegible] wendung finden.

[29] Z. B. durch Entziehung; vgl. Heffter a. a. O.

heischende Anspruch des Inhabers der Auszeichnung kann deshalb durch das Nutzungsrecht keinen privatrechtlichen Charakter erlangen. Etwas anders liegt die Sache, wenn der Staat die Insignien zu Eigentum übertragen[30] oder der Auszeichnungsempfänger sie sich selber angeschafft hat[31]. In diesem Falle kann allerdings das Eigentum am körperlichen Gegenstande der Auszeichnung, soferne nicht besondere gesetzliche Bestimmungen ein anderes vorschreiben, nimmer vom Anspruche auf Anerkennung der Auszeichnung abhängen, also auch nicht ohne weiteres mit dessen Untergang verloren gehen. Anderseits ist aber der Untergang des Anspruchs auf Anerkennung der Auszeichnung bei Fortdauer des Eigentums an den Insignien denkbar; trifft dies doch jedesmal beim Tode des Inhabers ein. Das Eigentum wird dann ganz bedeutungslos; es ist somit überhaupt nur dazu bestimmt, das Tragen der Auszeichnung zu ermöglichen, und schliesst nicht ein Recht dazu in sich. Auch wenn der körperliche Gegenstand der Auszeichnung dem Inhaber gehört, ist mithin sein Recht zum Tragen desselben, wofern er ein solches besitzt, darum kein privates.

Im Gegensatze zu den dinglichen Rechten an den Insignien sind durchaus nicht privatrechtlicher Natur der Anspruch auf Gewährung des Adelsprädikates und die Forderung auf Bezug einer Rente[32], welche bisweilen mit Orden verbunden sind. Zwar ist letztere richterlichen Schutzes fähig[32], aber beide sind gänzlich abhängig von dem nicht-privatrechtlichen Anspruche des Inhabers auf Anerkennung seines Ordens gegen den Staat, wie sie auch beide selber gegen den Staat als solchen gerichtet sind.

Dem Gesagten zufolge besteht kein subjektives Privatrecht

[30] Worauf geschlossen werden kann, wenn sie den Erben des Ausgezeichneten verbleiben.

[31] Besonders Duplikate. Vgl. die preussische Allgemeine Verfügung vom 22. Juli 1840 (Justiz-Ministerialblatt 1840 S. 252).

[32] Jellinek a. a. O. S. 182.

zum Führen eines Titels oder zum Tragen eines Ordens oder Ehrenzeichens. Es wäre sonach zu erwägen, ob es ein solches subjektives öffentliches Recht giebt. Bevor wir dies jedoch feststellen können, sind zunächst einige Worte der Streitfrage zu widmen, ob es überhaupt subjektive öffentliche Rechte giebt.

Der Hauptvertreter der Ansicht, dass es subjektive öffentliche Rechte nicht oder doch nur in besckränktem Umfange gebe, ist BORNHAK[33]. Nach ihm sind subjektive Rechte des einzelnen Individuums gegen den Staat begrifflich undenkbar, da wechselseitige Rechte nur möglich seien, wenn beide Faktoren der sie beherrschenden Rechtsordnung unterworfen seien, der Staat aber als Quelle der Rechtsordnung über dem Rechte stehe. Erläuternd weist BORNHAK darauf hin, dass es nur der eigene Wille des Staates sei, wenn und soweit er sich der Rechtsordnung unterwerfe, und dass der Staat jeden Augenblick die sog. subjektiven Rechte gegen ihn durch seine Gesetzgebung kassieren könne. Hierauf ist zu entgegnen, dass allerdings der Staat als Quelle der Rechtsordnung über dem Rechte steht, dass er als solche aber auch subjektive Privatrechte jeder Art durch seine Gesetzgebung kassieren kann. Eine Folge der Auffassung BORNHAK's müsste darum auch die „begriffliche Undenkbarkeit" von subjektiven Privatrechten sein. Sehr richtig bemerkt deshalb v. STENGEL[34] zu der Ansicht BORNHAK's, dass sie eigentlich zu einer Leugnung der Möglichkeit der Rechtsordnung überhaupt führen müsse. Will man nicht zu diesem Schlusse gelangen, so muss man mit HEIMBERGER[35] den Satz aufstellen, dass man wohl nicht behaupten kann, eine Befugnis sei deswegen nicht Recht, weil sie einmal aufgehoben werden kann. Die Ansprüche gegen den Staat können somit Rechte

---

[33] BORNHAK a. a. O. Bd. I. S. 268 f. Aehnlich SCHUPPE, Der Begriff des subjektiven Rechtes, 1887 S. 83 f., bes. S. 84.

[34] v. STENGEL, Wörterbuch a. a. O. S. 178 f.

[35] A. a. O. Vgl. auch O. MAYER a. a. O. § 39 S. 158.

sein, wiewohl der Staat sie in allen Fällen durch seine Gesetzgebung, sehr vielfach aber, wie wir sehen werden, ohne Gesetz durch unmittelbaren und einseitigen Akt seiner Organe oder Behörden beseitigen kann. Die Ansprüche gegen den Staat sind aber auch Rechte, weil der Staat — jedenfalls als vollziehende Gewalt[36] — sie nicht antasten darf[37], solange das Gesetz oder die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die den Schutz des öffentlichen Interesses bezwecken, es ihm nicht gestatten. Die herrschende Meinung[38], welche das Vorhandensein von subjektiven öffentlichen Rechten annimmt, beruht somit auf Richtigkeit.

Giebt es aber überhaupt subjektive öffentliche Rechte, so ist ein solches der Anspruch des Inhabers einer Auszeichnung auf Anerkennung. Begründet durch einen Akt der Staatsgewalt, richtet er sich gegen den Staat als solchen[39]. Zwar zu Gunsten eines Einzelnen, aber im Interesse des Gemeinwesens ist er erteilt[40]. Dies Interesse des Gemeinwesens ist das Hauptsächliche und Massgebende bei der Verleihung; denn durch die Belohnung von Verdiensten um den Staat soll weniger bei dem Ausgezeichneten eine Genugthuung erregt, als auf Dritte anfeuernd eingewirkt werden. Der Anspruch des Ausgezeichneten ist folglich auf dem Boden der öffentlichen Rechtsordnung entstanden[41], der Ausgezeichnete hat also ein subjektives öffentliches Recht zum Führen des Titels, zum Tragen des Ordens oder Ehrenzeichens, kurz gesagt, ein öffentliches Recht auf die Auszeichnung. Diese

---

[36] Vgl. v. Stengel a. a. O.

[37] D. h. ohne ein materielles Unrecht zu begehen. Vgl. oben S. 534 zu Anm. 16.

[38] Am energischsten verficht dieselbe Jellinek in seinem System der subjektiven öffentlichen Rechte. Ebenso G. Meyer a. a. O. § 11 S. 32 Anm. 12. Nicht soweit geht Gerber, Ueber öffentliche Rechte, vgl. jedoch besonders S. 94 f.

[39] Vgl. O. Mayer a. a. O. S. 110, Tezner a. a. O. S. 114, 120.

[40] Vgl. Gareis in Marquardsen's Handbuch Bd. I S. 14 § 3.

[41] Vgl. O. Mayer a. a. O. § 9 S. 109.

Ansicht vertritt auch JELLINEK ausdrücklich[42], und zwar bezeichnet er in seiner eigentümlichen Ausdrucksweise den Anspruch des Beamten auf seinen Amtstitel als zum Status der aktiven Civität gehörig[43], die Rechte zum Führen sonstiger Titel und zum Tragen von Ordensauszeichnungen dagegen als Rudimente des Status der aktiven Civität[44].

Wie bereits erwähnt ist, unterliegen die öffentlichen Rechte weit mehr der Verfügung des Staates, als die Privatrechte, für welch' letztere allein der Grundsatz der Unverletzlichkeit besteht[45]. Aber auch bei jenen ist der vorhandene Rechtskreis der Einzelpersonen möglichst zu schonen[46]. Den einzigen Massstab für das Recht des Staates, öffentliche Rechte des Einzelnen zu vernichten, bildet das Gemeininteresse, wie das Gemeininteresse auch bei der Verleihung solcher Rechte den massgebenden Gesichtspunkt darstellt[47]. Wenn sonach das öffentliche Interesse es erfordert, kann der Staat, soferne nicht besondere gesetzliche Bestimmungen ein anderes besagen, öffentliche Rechte durch ein-

---

[42] Vgl. ebenfalls ANSCHÜTZ, Titel- und Ordensverleihungen an Richter, in der Deutschen Juristenzeitung von 1899 No. 3 S. 54 f., sowie BLUNTSCHLI, Allgemeines Staatsrecht, Bd. II S. 128. Letzterer meint freilich, wenn der Titel über die Dauer des Amtes hinaus nachwirke, werde er zum Privatrechte eines ausser Funktion tretenden Beamten. Den Grund dieser sonderbaren Umwandlung eines öffentlichen Rechts in ein Privatrecht giebt BLUNTSCHLI nicht an. Es würde ihm aber auch schwer fallen; denn das Recht des ausser Funktion getretenen Beamten zur Führung des Titels richtet sich nach wie vor nicht gegen dritte Personen, sondern gegen den Staat als solchen, der es zudem hauptsächlich nur in eigenem Interesse fortbestehen lässt. Uebrigens behandelt, wie wir sehen werden, die preussische Disziplinargesetzgebung den pensionierten Beamten in Ansehung seines Titels nicht anders, wie den im Amte befindlichen. Das könnte sie natürlich nicht, wenn der pensionierte Beamte ein Privatrecht auf seinen Titel hätte.

[43] Vgl. JELLINEK a. a. O. S. 172.

[44] Ebenda S. 181.

[45] Vgl. G. MEYER § 11 S. 32.

[46] JELLINEK a. a. O. S. 321.

[47] JELLINEK a. a. O. S. 321 Abs. 2 f.

seitigen Akt aufheben[46]. Natürlich kann er das durch Gesetz oder, wie JELLINEK sich ausdrückt, im Wege einer Aenderung der Rechtsordnung[47]. Diese ist aber nicht nötig, wenn der Staat das Recht ohne Gesetz unmittelbar durch seine Organe verliehen hat. Hierin liegt eben der bedeutsamste Unterschied zwischen dem subjektiven öffentlichen und dem privaten Rechte. Auch das Grundeigentum, „das festeste aller Rechte" [48], kann auf Grund Gesetzes im Enteignungsverfahren entzogen werden. Zur Entziehung der vom Staate verliehenen öffentlichen Rechte jedoch bedarf es dieser strengen Formen nicht[49]. Für sie gilt der allgemeine Grundsatz, dass, wenn sie durch staatlichen Akt untergehen, sie auf dieselbe Weise verloren gehen, wie sie entstehen[50], es sei denn, dass eine positive Bestimmung etwas anderes vorschreibt[51]. Eine solche Behandlung verlangt für die öffentlichen Rechte das öffentliche Interesse, welches in oberster Linie für jene massgebend ist[49]. Sind sie also durch Gesetz oder Verordnung begründet, so können sie durch Gesetz und in letzterem Falle auch durch Verordnung aufgehoben werden. Sind sie durch Ministerialverfügung oder Anordnung einer Verwaltungsbehörde[52] erteilt worden, so können sie auf demselben Wege wieder genommen[53] werden. Sind endlich öffentliche Rechte vom Staatsoberhaupte verliehen, so können sie, soweit ihre Aufhebung nicht zulässig ist, unmittelbar vom Staatsoberhaupte und zwar nur von ihm (ausser durch Gesetz) entzogen werden[54]. Wenn

[48] Vgl. G. MEYER a. a. O. § 11 S. 32 und Anm. 12.

[49] O. MAYER a. a. O. § 39 S. 158.

[50] Vgl. v. STENGEL, Wörterbuch a. a. O. S. 181, KIRCHENHEIM a. a. O. S. 114.

[51] Z. B. ein strafgerichtliches Urteil verlangt.

[52] Z. B. eine Konzession; vgl. JELLINEK a. a. O. S. 104 f.

[53] Soweit nichts anderes bestimmt ist. Ausserdem selbstverständlich durch Gesetz.

[54] Vermittelst constitutio personalis, um einen (freilich nicht ganz zutreffenden) römisch-rechtlichen Ausdruck anzuwenden. Nach römischem Rechte konnten eigentliche „Privilegien", wie sie durch constitutio personalis erteilt

somit jedes Staatsorgan die von ihm verliehenen öffentlichen Rechte, in Ermangelung besonderer Bestimmungen im öffentlichen Interesse wieder entziehen kann, so gilt dies auch für Titel, Orden und Ehrenzeichen, da sie nachgewiesenermassen zu den öffentlichen Rechten gehören.

Merkwürdigerweise und ohne Angabe anderer Gründe, als des auch von uns aufgestellten Grundsatzes möglichster Schonung der Einzelinteressen, zieht JELLINEK nicht diesen notwendigen Schluss aus seinen im übrigen richtigen Darlegungen. Er sagt vielmehr[47]: „Unentziehbar sind, ausser zur Strafe, die Rechte, staatliche Titel zu führen und Ordensauszeichnungen zu tragen, es sei denn, dass diese Institutionen als unvereinbar mit der öffentlichen Rechtsordnung erklärt werden“. Letzteres müsste natürlich durch Gesetz geschehen; dass aber durch Gesetz Rechte entzogen werden können, hat nie jemand angezweifelt, und brauchte man dazu nicht den Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts. Nach JELLINEK kann also der Staat die von ihm verliehenen Orden und Titel nur zur Strafe schlechthin entziehen. Damit macht er für Orden und Titel eine ganz unbegründete Ausnahme, die er bezüglich der Masse der andern vom Staate verliehenen subjektiven öffentlichen Rechte nicht macht. Dieselbe ist um so unverständlicher, als, wie er selber zutreffend ausführt, die Begründung „derartiger rudimentärer Statusverhältnisse“, sowie die Uebertragung des Amtes (und damit des Amtstitels) durch einseitigen staatlichen Akt erfolgt[55]. Wenn JELLINEK verlangt, dass der Staat bei Aufhebung öffentlicher Rechte von

wurden, auch durch solche (sog. entgegengesetzte constitutio) wegen „Missbrauchs“ oder „im öffentlichen Interesse“ wieder entzogen werden. Vgl. BARON, Pandekten § 15 S. 33 No. 2.

[55] JELLINEK a. a. O. S. 182 und 170. Vgl. TEZNER a. a. O. S. 160 f. TEZNER weist hier darauf hin, dass noch kein Autor die Verleihung einer solchen Auszeichnung (Titel, Orden oder Ehrenzeichen) auf Grund vorangegangener Bewerbung oder die Annahme einer verliehenen Auszeichnung als (öffentlichrechtlichen) Vertrag konstruiert hat. Siehe auch ANSCHÜTZ a. a. O.

Vermögenswert eine Entschädigung leiste[56], so ist zu sagen, dass dadurch das Gemeininteresse nicht geschädigt, sondern eine einfache Pflicht der Billigkeit erfüllt wird. Bei Titel und Orden aber will JELLINEK das öffentliche Interesse hinter dem zu schonenden Einzelinteresse zurücktreten lassen und zwar derart, dass dadurch die Würde des Staates und das Gemeinwohl aufs erheblichste gefährdet würde. Oder wäre dies nicht der Fall, wenn z. B. der Staat den Titel Justizrat, den infolge einer Namensverwechselung ein Gerichtsschreiber statt eines Rechtsanwalts erhalten hat[57], ersterem belassen müsste, oder wenn in dem oben erwähnten Beispiele dem Soldaten, der sich nicht ausgezeichnet hat, der auf Grund falschen Berichtes Dritter unverdientermassen verliehene Orden nicht abgenommen werden könnte? Etwas Strafwürdiges hat sich weder der Gerichtsschreiber, noch der Soldat zuschulden kommen lassen, ja nicht einmal etwas Unehrenhaftes. Das Gleiche müsste von einem Arzte gesagt werden, der den Titel „Sanitätsrat" empfangen und sich späterhin als schlimmster Ignorant entpuppt hat. Aber hier verlangt das für das Gemeinwohl gewiss nicht unwichtige Ansehen der Wissenschaft, wie in jenen Fällen die Ehre des Anwaltstandes und die Bedeutung des militärischen Verdienstes eine Entziehung der verliehenen Auszeichnungen. In solchen und vielen andern Fällen reicht also das Recht der Entziehung zur Strafe[58] nicht aus, um das Interesse des Staates zu wahren. Wenn daher überhaupt die Rechte der Einzelnen vor den Pflichten

---

[56] JELLINEK a. a. O. S. 321 Abs. 5.

[57] Der Fall klingt paradox, hat sich aber in den 50er Jahren des 19. Jahrhunderts genau so in einer preussischen Stadt (Trier) zugetragen. Dem Gerichtsschreiber wurde damals freilich merkwürdigerweise der Titel belassen.

[58] Darin dürfte übrigens wohl die von uns ohne Berücksichtigung eines Rechts des Ausgezeichneten nachgewiesene Befugnis zur Entziehung „wegen Unehrenhaftigkeit" grossenteils enthalten sein. Ebenso deckt sich mit letzterer teilweise die Entziehung „im öffentlichen Interesse", aber nicht soweit, dass einer der beiden Begriffe den andern überflüssig machte.

des Staates zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohles zurückstehen müssen (Einl. z. Allg. Preuss. L.-R. § 74), so muss dies auch hier geschehen. Es ist folglich anzunehmen, dass Rechte aus staatlichen Titeln, Orden und Ehrenzeichen genau wie andere öffentliche Rechte zu behandeln sind, folglich an und für sich jederzeit im öffentlichen Interesse vom Staate, und zwar von dem Staatsorgane, das sie verliehen hat, wieder entzogen werden können. Freilich muss dies Interesse ein wohlverstandenes sein. Für öffentliches Interesse darf nur ausgegeben werden, was wirklich das Wohl aller und nicht nur einer Parteirichtung, was im Gegenteil Würde und Ansehen des Staates verlangen[59]. Wenn man so das „öffentliche Interesse" auffasst, dann wird kein berechtigtes Einzelinteresse durch Entziehung einer Auszeichnung geschädigt.

Nach dem Vorhergehenden kann der Staat an sich Titel, Orden und Ehrenzeichen wegen Unehrenhaftigkeit und im öffentlichen Interesse wieder entziehen, natürlich im einen wie im andern Falle durch dasjenige seiner Organe, das sie verliehen hat. Ist es also das Staatsoberhaupt, so erfolgt die Entziehung durch dieses. Schon danach kann kein Zweifel daran sein, dass auch der König von Preussen, soweit keine entgegenstehenden Vorschriften existieren, die von ihm verliehenen Titel, Orden und Ehrenzeichen wegen Unehrenhaftigkeit des Inhabers und im öffentlichen Interesse zurückziehen kann.

---

[59] Im öffentlichen Interesse liegen dürfte demnach kaum die Entziehung eines Titels aus dem Grunde, weil der Ausgezeichnete die mit der Verleihung verbundene Stempelsteuer nicht zahlt oder die gezahlte zurück verlangt. Zwar muss der Staat im öffentlichen Interesse die Steuereinrichtung schützen. Dies kann er aber durch Beitreibung und Einbehaltung der Steuer erreichen, ohne zu dem in diesem Falle Anstoss erregenden Mittel der Titelentziehung zu greifen.

II.

Um nun unsere Frage völlig entscheiden zu können, haben wir die besondere preussische Entwicklung zu betrachten. Hier ist die Verfassung vom 31. Jan. 1850 von so einschneidender Bedeutung für die königlichen Rechte, dass es angebracht sein wird, zunächst festzustellen, inwieweit der König, bevor Preussen eine Verfassung hatte, die von ihm verliehenen Auszeichnungen entziehen konnte.

Der König war damals absoluter Monarch, d. h. unumschränkter, nur durch die Rechtsordnung gebundener Herrscher[60]. Als Rechtsordnung aber stellten sich dar:

1. die allgemeinen unveränderlichen Rechtsgrundsätze;
2. die vom Könige selber erlassenen allgemeinen Anordnungen, die in jeder Form Gesetzeskraft hatten.

Da die allgemeinen Rechtsnormen, wie wir gesehen haben, dem Könige das Entziehungsrecht gewähren, so stand grundsätzlich dem königlichen Entziehungsrechte zu jener Zeit nichts entgegen. Es fragt sich deshalb eigentlich in der Hauptsache nur, inwieweit der Herrscher sich etwa selber in seinem Rechte beschränkt und dadurch für die Zeit nach der Verfassung vom 31. Jan. 1850 einen gesetzlichen Zustand herbeigeführt hat, der nur durch Gesetz im heutigen Sinne abgeändert werden könnte.

Um darüber Klarheit zu gewinnen, wollen wir an erster Stelle auf das preussische Titelwesen eingehen.

Was in Preussen unter der Bezeichnung „Titel“ verstanden wird, zerfällt in zwei Klassen. Die Regel bilden die Titel, welche

---

[60] Darüber lässt das Allgemeine preussische Landrecht im 13. Titel des 2. Teiles keinen Zweifel. Wenn § 1 daselbst lautet: „Alle Rechte und Pflichten des Staates gegen seine Bürger und Schutzverwandten vereinigen sich in dem Oberhaupte desselben“, so besagt dies, das Staatsoberhaupt sei gleichbedeutend mit dem Staate. — Vgl. übrigens Arndt, Die Verfassungsurkunde für den preussischen Staat 3. Aufl. S. 44 No. 5, und v. Gerber a. a. O. S. 55.

mit einem Amte verbunden sind, die Ausnahme[61] die mit einem Amte nicht zusammenhängenden. Zufolge § 84 Allg. Preuss. L.-R.[62], Teil II, Tit. 10 werden die ersteren schon durch die über das Amt ausgefertigte Bestallung verliehen. Durch diese Bestimmung ist die innige Verbindung von Amt und Amtstitel besiegelt worden. Indem nun weiterhin durch allgemeine Verordnungen, insbesondere die vom 7. Febr. 1817[63], die den Beamten beizulegenden Amtstitel festgestellt worden sind, so haben wir vor Erlass der Verfassung jedenfalls den Zustand, dass die Amtstitel nicht ohne das Amt wieder entzogen werden konnten, es sei denn, dass eine allgemeine Verordnung einzelne Kategorien von Amtstiteln abgeändert hätte. Der König konnte folglich einen Amtstitel nur dann entziehen, wenn er dem Beamten das Amt nehmen konnte. Vor Inkrafttreten des preussischen Landrechts waren nun zwar in Preussen die Beamten beliebig[64] entlassbar, das Landrecht jedoch ging davon aus, dass willkürliche Entlassungen endgültig angestellter Beamten vermieden werden müssten. Es bestimmt deshalb, dass kein Vorgesetzter oder Departementschef einen Civilbedienten wider seinen Willen ein-

---

[61] Vgl. v. Rönne a. a. O. § 12 S. 212 No. 2, sowie Anschütz a. a. O.

[62] Das Allgemeine Landrecht für die preussischen Staaten ist, ohne formell eingeführt zu sein, in Ansehung seiner verfassungsrechtlichen Bestimmungen auch in den Landesteilen, in denen es sonst nicht gilt (z. B. dem grössten Teile der heutigen Rheinprovinz), unmittelbar mit ihrer Einverleibung in den preussischen Staat in Kraft getreten (vgl. Bornhak a. a. O. § 19 S. 108 Bd. I 1). Diese Ansicht wird zwar nicht allgemein geteilt (vgl. v. Rönne a. a. O. § 10 S. 166), Titel-, Orden- und Aemterwesen wenigstens waren aber im preussischen Einheitsstaate stets einheitlich, so dass für sie nur gleiche Regeln in Betracht kommen können (vgl. Schulze a. a. O. § 3 S. 3). Soweit solche im preussischen Landrechte enthalten sind, müssen sie somit (wenigstens für die Zeit bis zum Erlass einer Verfassung) massgebend sein, da das Landrecht seinem Wesen nach das einheitliche Gesetzbuch für den preussischen Staat sein sollte.

[63] Gesetzsammlung 1817 S. 61.

[64] Vgl. v. Stengel, Das Staatsrecht des Königreichs Preussen Buch II Kap. V § 43 S. 52 f.

seitig entsetzen oder verabschieden kann[65]. Diese Bestimmung erwähnt zwar nicht den König als „Vorgesetzten", ist aber auch von ihm zu verstehen[66] und praktisch stets so gehandhabt worden. Da nun aber immer Fälle vorkommen, in denen eine Entsetzung oder Verabschiedung mit Rücksicht auf die Person des Beamten oder im öffentlichen Interesse erforderlich wird, ordnet das Landrecht ein für richterliche[67] und nichtrichterliche[68] Beamte verschiedenes Verfahren an, in welchem ordentlicherweise über die Verhängung dieser Massregeln entschieden werden sollte. Wenn die Entscheidung auch bezüglich der Beamten, die eine vom Könige vollzogene Bestallung erhalten hatten, von der Prüfung und Bestätigung des Königs abhängig war[69], so war damit doch das Recht des Königs, einem Beamten kurzerhand das Amt und so den Amtstitel zu entziehen, ziemlich beseitigt. Dies gilt ganz besonders hinsichtlich der Richter, die nur durch Urteil der vorgesetzten Gerichte oder Landeskollegien entlassen werden sollten[67]. Indem sonach der König die Amtstitel vom Amte abhängig gemacht und die Amtsentziehung an gewisse, die Beamten, wenn auch nicht in jeder Beziehung, schützende Formen geknüpft hatte, hatte er sich selber in seinem Rechte, unter den von der allgemeinen Rechtsordnung gegebenen Voraussetzungen seinen Beamten den Amtstitel zu entziehen, bedeutend beschränkt.

Durchaus anders verhält es sich mit den Titeln, die ohne Zusammenhang mit einem bestimmten Amte an Beamte und Nichtbeamte verliehen wurden. Weil hier nicht, wie bei den

---

[65] § 98 Allgemeines Preussisches Landrecht Teil II Titel 10.

[66] Vgl. v. Rönne a. a. O. § 44 Bd. II S. 531, v. Stengel, Staatsrecht a. a. O.

[67] Allgemeines Preussisches Landrecht Teil II Titel 10 § 103 und Titel 17 § 99, Allgemeine Gerichtsordnung Teil III Titel 1 §§ 19—22, Titel 2 § 10 und Titel 8 § 37.

[68] §§ 99—101 Allgemeines Preussisches Landrecht Teil II Titel 10.

[69] Ebenda § 101.

Aemtern, die Idee von einem Staatsdienervertrage[70] aufkommen konnte und der Charakter dieser Titel als blosser Ehrenauszeichnungen ein unverwischbarer war, dachte man nicht an eine Einengung des königlichen Entziehungsrechtes. Ein solches hat sich zwar der König nirgends mit Gesetzeskraft ausdrücklich zugeschrieben, aber da das Preussische Landrecht für ihn allein das Verleihungsrecht in Anspruch nimmt[71], so gebührt ihm nach den allgemeinen Grundsätzen auch das Entziehungsrecht im nachgewiesenen Umfange. Hinzu kommt folgendes. Da die nicht mit einem Amte verbundenen Titel nicht unter dem Einflusse der Grundsätze stehen, wie sie der Begriff des Amtes erzeugt, so müssen sie notwendig wie die Orden und Ehrenzeichen behandelt werden, soweit nicht der diesen eigentümliche körperliche Gegenstand Abweichungen erfordert. Deshalb muss, wo bei letzteren, wie wir sogleich sehen werden, der König sich das Entziehungsrecht mit Gesetzeskraft beigelegt hat, diese Bestimmung auf die nicht mit einem Amte verbundenen Titel entsprechende Anwendung finden. Man gelangt also, auch ohne Berücksichtigung der allgemeinen Rechtsgrundsätze, dazu, dem Könige für die Zeit vor der Verfassung in Ansehung jener Titel das Entziehungsrecht zuzusprechen und zwar mindestens in derselben Ausdehnung, wie bei Orden und Ehrenzeichen.

Soweit der König die von ihm verliehenen Titel wieder entziehen konnte, änderte an dieser Befugnis auch der Umstand nichts, dass er die Aberkennung der Titel zur Strafe in gewissen Fällen den Strafgerichten übertrug[72]; denn wo und solange

---

[70] Jellinek a. a. O. S. 171 oben.

[71] § 7 Allgemeines Preussisches Landrecht Teil II Titel 13: „Privilegia, als Ausnahmen von dergleichen Gesetzen zu bewilligen, Standeserhöhungen, Staatsämter und Würden zu verleihen, gebühret nur dem Oberhaupte des Staates."

[72] Vgl. die Allerhöchsten Kabinettsordres vom 21. Nov. 1829 (Gesetzsammlung 1830 S. 2), vom 14. Mai 1830 (daselbst S. 80) und vom 23. April 1842 (daselbst 1842 S. 191).

Strafgerichte einen Titel nicht aberkannten, konnte er ihn genau wie früher entziehen. Ein Gegenteiliges hätte ausdrücklich bestimmt werden müssen.

Um nun zu den Orden und Ehrenzeichen zu kommen, so ist das organische Gesetz[73], auf dem unser preussisches Ordenswesen noch heute im wesentlichen beruht, die Erweiterungsurkunde für die königlichen preussischen Orden und Ehrenzeichen vom 18. Jan. 1810[74]. Allerdings giebt es auch aus früherer Zeit Ordensgesetze, so das Edikt wegen Errichtung des Schwarzen Adlerordens vom 18. Jan. 1701[75]. Während aber die früheren Gesetze den Orden mehr oder weniger den Charakter von Vereinigungen zu bestimmten Zwecken verliehen oder doch liessen[76], hat die Ordenserweiterungsurkunde sie zuerst zu dem gestempelt, was sie inzwischen thatsächlich geworden waren, nämlich zu blossen Ehrenauszeichnungen. Die für uns hauptsächlich in Betracht kommende Stelle der Ordenserweiterungsurkunde ist § 17 derselben. Wegen seiner grundlegenden Wichtigkeit für unsere weiteren Untersuchungen soll dieser Paragraph hier im Wortlaute wiedergegeben werden:

„So wie die Verleihung Unserer Orden und Ehrenzeichen von Uns Allerhöchstselbst geschieht, eben so wird auch der Verlust derselben nur von Uns Allerhöchstselbst ausgesprochen. Bevor dies nicht geschehen,

---

[73] Gesetz, soweit darin Rechstnormen angeordnet sind. Vgl. G. Meyer a. a. O. S. 501, Schulze a. a. O. Bd. II S. 7 ff., 26 ff., Simon, Das peussische Staatsrecht 1844, 2. Teil S. 46 ff.

[74] Gesetzsammlung 1806—1810 S. 632 f.

[75] Abgedruckt in Simon's Preussischem Staatsrecht Teil 2 S. 48 f. In dem Edikt bestimmt der König, dass jeder Ordensritter den Titel „Unseres Schwarzen Adlerordens Ritter“ erhalten solle (Art. XXIX). Auch werden die Voraussetzungen angegeben, unter denen das „Ordenskapitul“, dessen Haupt der König ist, strafweise „bis zur wirklichen Abnehmung des Ordens“ schreitet (Art. XXXI). Allgemeine Voraussetzung dieser Strafe ist, dass der auszustossende Ordensritter „wider Ehre, Pflicht oder Gewissen gehandelt hat“.

[76] Vgl. Bornhak a. a. O. § 75 S. 469, v. Rönne a. a. O. § 12 S. 211 Anm. 1.

darf an dem Inhaber derselben keine Lebens-, Leibes- und Ehrenstrafe (Festungsarrest und Gefängnis ausgenommen) vollzogen werden.

Mit dem Verlust der Orden und Ehrenzeichen werden Wir Allerhöchstselbst alle den Begriffen der Ehre zuwiderlaufende Handlungen, und vornämlich solche bestrafen, wodurch Uns Unterthanen, die in Unsern Militair- und Civildiensten stehen, irgend einen Mangel an Mut, an Pflichttreue und an Unbescholtenheit zeigen.

Dieser Verlust soll der gewöhnlichen Strafe des Gesetzes hinzutreten, und Wir behalten Uns dagegen vor, diese im einzelnen Fall und nach den Umständen zu ermässigen.

Sollten wider Verhoffen Inhaber von Unsern Orden und Ehrenzeichen sich solcher Handlungen schuldig machen, so sollen Uns davon die Landesbehörden und Vorgesetzten, die Gerichtshöfe aber von ihren rechtskräftigen Erkenntnissen Anzeige machen. Dagegen ist kein Richter befugt, auf den Verlust Unserer Orden und Ehrenzeichen selbst zu erkennen, vielmehr heben Wir die Gesetze, welche dieser Bestimmung zuwiderlaufen möchten, hierdurch auf."

So klar auch an sich diese Bestimmungen sind, so wenig offen liegt ihre juristische Tragweite. Jedenfalls steht soviel fest, dass der König hier gegenüber den Strafgerichten seines Landes das ihm durch kein Gesetz verliehene, aber nach der Staatsverfassung und der allgemeinen Rechtsordnung zustehende Recht zur Entziehung der von ihm verliehenen Orden und Ehrenzeichen für sich beansprucht und gesetzlich festlegt. Fraglich ist dagegen, ob der König auch die Fälle festlegen will, in denen ihm fürderhin das Entziehungsrecht zustehen soll, oder ob er bloss von vorneherein den Thatbestand ausdrücklich angeben will, bei dem er seine Orden und Ehrenzeichen unter allen Umständen zu entziehen beabsichtigt. Wäre das erstere richtig, so wäre das Entziehungsrecht des Monarchen seit Erlassung der Ordenserweiterungsurkunde auf den Fall beschränkt, dass der Inhaber des Ordens oder Ehrenzeichens eine „den Begriffen der Ehre zuwiderlaufende" Handlung begeht[77]. Eine solche Beschränkung

[77] Mangel an Mut, an Pflichttreue und Unbescholtenheit bei Militärpersonen und Civilbeamten fällt nach dem Wortlaute von § 17 hierunter.

wäre nun zwar denkbar[78], würde aber dem öffentlichen Interesse[79] und damit dem Interesse und vermutlichen Willen des Königs selber widerstreiten. Es ergiebt sich aber auch aus verschiedenen andern Umständen, dass der König dieselbe thatsächlich nicht gewollt hat. Was zunächst die Form des § 17 a. a. O. betrifft, so stellt der König an erster Stelle schlechthin sein Entziehungsrecht fest und zwar so allgemein, dass man versucht wäre zu glauben, er wolle sich gar ein absolutes Entziehungsrecht zuschreiben. Wenn er nun, nachdem er eine Vorschrift über die Vollziehung von Kriminalstrafen gegeben hat, im zweiten Absatze des Paragraphen sein Entziehungsrecht hätte beschränken oder doch die alleinigen Fälle der künftigen Ausübung desselben hätte aufführen wollen, so hätte dies irgendwie zum Ausdrucke gebracht werden müssen. Es hätte in dieser Beziehung vielleicht schon genügt, wenn es geheissen hätte: „Fürderhin wird der Verlust der Orden und Ehrenzeichen ausgesprochen wegen . . .“ Wenn statt dessen gesagt wird: „Mit dem Verluste der Orden und Ehrenzeichen werden Wir alle der Ehre zuwiderlaufenden Handlungen bestrafen“, so kann dies nur bedeuten, dass der König ehrwidrige Handlungen für so gänzlich unvereinbar mit Auszeichnungen hält, dass er keinen Zweifel darüber lassen möchte, dass sie den Verlust der letzteren notwendig nach sich ziehen. Er denkt somit nicht daran, eine weitere Möglichkeit der Entziehung auszuschliessen. Fernerhin ist zu beachten, dass § 17, wie schon berührt, den Charakter einer Erklärung gegenüber den preussischen Strafgerichten hat, welchen eingeschärft werden soll, dass sie nicht befugt sind, auf den Verlust von Orden oder Ehrenzeichen zu erkennen[80], dass vor Entziehung

---

[78] Nach Jellinek's oben (S. 23 f.) erwähnten und widerlegten Ausführungen wäre sie das allein denkbare.

[79] Aus den bereits bei Widerlegung der Ansicht Jellinek's angegebenen Gründen.

[80] § 17 a. a. O. Abs. 3.

derselben gewisse Kriminalstrafen nicht vollzogen werden dürfen[81] und dass sie von ihren rechtskräftigen Erkenntnissen wegen ehrwidriger Handlungen gegen Inhaber von solchen Auszeichnungen dem Könige Anzeige machen sollen. Dass der König diesen Gerichten gegenüber erklärt, wann er den Verlust der Orden und Ehrenzeichen „zur Strafe" aussprechen wolle, kann nicht Wunder nehmen; denn er muss es, um den Gerichten eine Handhabe für die Feststellung zu gewähren, wann sie die von ihnen geforderte Anzeige machen sollen. Aus demselben Grunde würde es aber auffallen, wenn an dieser Stelle noch weitere Möglichkeiten der Entziehung ausser dem Falle der Bestrafung wegen Unehrenhaftigkeit aufgezählt würden oder wenn etwa dastände: „Ausserdem wollen Wir den Verlust aussprechen, wenn das öffentliche Interesse es erheischt." Eine solche Erklärung hätte den Strafgerichten gegenüber keinerlei Sinn! Deshalb unterlässt der König dieselbe und behandelt nur die „Bestrafung mit dem Verluste von Auszeichnungen", zumal die Möglichkeit einer Entziehung im öffentlichen Interesse nach den streng monarchischen Anschauungen jener Zeit etwas ganz Selbstverständliches war. Der König will also in § 17 a. a. O., abgesehen von der gesetzlichen Festlegung seines Entziehungsrechtes gegenüber den Strafgerichten, nur hervorheben, wann er dasselbe zur Strafe ausüben wird.

§ 17 der Ordenserweiterungsurkunde von 1810 handelt ganz allgemein von den preussischen Orden und Ehrenzeichen. Er müsste deshalb, auch ohne ausdrückliche Bestimmung, auf alle später neu gegründeten oder durch Erweiterung entstandenen Orden Anwendung finden. Gleichwohl enthalten die diesbezüglichen Urkunden durchweg einen Hinweis darauf, dass der Verlust der betreffenden Auszeichnungen bei Verschuldungen eintrete, welche zufolge der Ordenserweiterungsurkunde oder doch

---

[81] Ebenda Abs. 1.

„den allgemeinen Vorschriften“ den Verlust nach sich zögen[82]. Hiermit soll nicht immer wieder bestimmt werden, dass der König in dem und dem Falle die Auszeichnungen entziehen könne oder gar dies nur dann könne, sondern es soll den künftigen Inhabern der neuen Auszeichnungen immer wieder vor Augen gehalten werden, dass ihre Hauptverpflichtung ehrenhaftes Verhalten ist und dass Verstösse dagegen mit dem Verluste der Auszeichnungen bestraft werden. Den Inhabern vorzuhalten, dass ihnen die Auszeichnungen auch im öffentlichen Interesse entzogen werden könnten, hätte keinen Zweck gehabt, weil daraus eine Verpflichtung zu einem gewissen Verhalten nicht unmittelbar entspringt[83]. Der Hinweis auf eine etwaige Entziehung im öffentlichen Interesse konnte daher unterbleiben, zumal eine derartige Entziehungsbefugnis des Königs als absoluten Herrschers, wie schon bemerkt, ausser Frage stand.

Während nun regelmässig die Bestimmungen der Ordenserweiterungsurkunde von 1810 bei den späteren Stiftungen und Erweiterungen ausdrücklich für anwendbar erklärt worden sind, ist bei den Kriegsdenkmünzen aus den Jahren 1813—1815 und

---

[82] Vgl. z. B. die Stiftungsurkunde des Eisernen Kreuzes vom 10. März 1813 (G.-S. 1813 S. 33) unter § 9, die Stiftungsurkunde des Louisenordens vom 3. Aug. 1814 (G.-S. 1814 S. 71) unter § 8 und die Kabinetsordre vom 16. Jan. 1842 betr. die Auszeichnung für pflichttreue Dienste in der Landwehr (G.-S. 1842 S. 91). Beachtenswert ist auch die Stiftungsurkunde des Verdienstehrenzeichens für Rettung aus Gefahr vom 1. Febr. 1833 (G.-S. 1833 S. 85). In derselben heisst es: „Die Vorzüge der Erweiterungsurkunde von 1810 wollen Wir auch den Besitzern dieser neuen Verdienstdenkmünze beilegen, weshalb der etwa verwirkte Verlust derselben, wie bei andern Orden und Ehrenzeichen, auch nur von Uns Allerhöchstselbst festgesetzt werden darf.“ Der König hat es also hier nochmals für erforderlich gehalten, sein Entziehungsrecht gegenüber den Strafgerichten zu betonen. Unter demselben Gesichtspunkte kann man demnach die Verweisungen in andern Stiftungs- und Erweiterungsurkunden auf die Urkunde vom 18. Jan. 1810 betrachten.

[83] Vielmehr nur mittelbar, indem und insoweit das öffentliche Interesse ein ehrenhaftes Verhalten verlangt.

bei der Dienstauszeichnung der Unteroffiziere und Soldaten dies nicht nur nicht geschehen, sondern durch die Allerhöchsten Kabinettsordres vom 30. Okt. und 24. Dez. 1814, 25. Sept. 1817[84] und 18. Juni 1825 angeordnet worden, dass die Strafgerichte bei gewissen Bestrafungen gleichzeitig auf den Verlust der Denkmünzen[85] zu erkennen haben sollten. Damit ist aber nicht gesagt, dass eine Entziehung durch den König nach den allgemeinen Vorschriften ausgeschlossen sein sollte[86], vielmehr war die Meinung die, dass bei jenen weniger bedeutsamen und in besonders grosser Zahl erteilten Ehrenzeichen die gewöhnliche Art des Verlustes die strafgerichtliche Aberkennung sein sollte[87]. Es ist denn auch sicher, dass der König thatsächlich niemals Inhabern solcher Ehrenzeichen dieselben entzogen hat, wiewohl ihm auch hier, wofern kein gerichtliches Urteil vorlag, rechtlich die Entziehungsbefugnis zustand und zwar im vollen nachgewiesenen Umfange.

Bevor Preussen eine Verfassung hatte, war der Rechtszustand mithin folgender. Amtstitel konnte der König nicht schlechthin entziehen, vielmehr war ihre Entziehung an den Amtsverlust und so ordentlicherweise an bestimmte Formen geknüpft. Die Entziehung von Orden und Ehrenzeichen stand dem Könige allein[88] zu. Die Ausdehnung dieses Entziehungsrechtes ist

---

[84] G.-S. 1815 S. 1 und 2, 1817 S. 297.

[85] Kriegsdenkmünzen sind zwar nach der Allerhöchsten Kabinettsordre von 1817 (G.-S. 1817 S. 85) keine „wirklichen“ Ehrenzeichen, werden aber heute ausnahmslos dazu gerechnet. Vgl. v. Rönne a. a. O. § 12 S. 211.

[86] Obschon v. Rochow in seinem Immediatberichte vom 26. Januar 1846 (in den Verhandlungen der Staatsratskommission über den revidierten Entwurf eines Strafgesetzbuchs) dies anzunehmen scheint.

[87] Nur bei dieser Art des Verlustes sollte daher auch nach der Kabinettsordre vom 7. Febr. 1815 (G.-S. S. 10) die Streichung des Denkmünzeninhabers aus dem in den Sakristeien angehefteten Namensverzeichnisse ohne weiteres erfolgen.

[88] Abgesehen von der unbedeutenden Ausnahme bei Kriegsdenkmünzen und der Dienstauszeichnung für Unteroffiziere und Soldaten.

nicht gesetzlich fixiert. Es ergiebt sich aber einerseits aus der Ordenserweiterungsurkunde von 1810 und den daran anschliessenden Bestimmungen sowie aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, dass der Monarch Orden und Ehrenzeichen wegen Unehrenhaftigkeit des Inhabers entziehen konnte, anderseits bloss aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, denen aber keine gesetzliche Bestimmung entgegensteht, dass er sie auch im öffentlichen Interesse entziehen konnte. Hinsichtlich der nicht mit einem Amte verbundenen Titel endlich bestand das Entziehungsrecht im selben Umfange, wie bei Orden und Ehrenzeichen.

III.

Die Verfassung vom 31. Jan. 1850 machte aus dem bisher in seiner Machtbefugnis unumschränkten Könige von Preussen endgültig[89] einen konstitutionellen Monarchen. Als solcher ist er bei der Ausübung seiner Rechte grossenteils bald an die Beobachtung gewisser Formen, bald an die Mitwirkung anderer staatlicher Organe gebunden[90]. Da die Verfassung demnach den König in seinen Rechten wesentlich beschränkt hat, wir aber im bisherigen sein Recht zur Entziehung der von ihm verliehenen Titel, Orden und Ehrenzeichen, soweit wir ein solches angenommen haben, nicht zum mindesten auf seine Machtfülle gegründet haben, so kommt es darauf an, zu untersuchen, ob nicht vielleicht die den König beschränkende Verfassung auch jenes Recht desselben beschränkt oder gar beseitigt hat.

Von vorneherein ist hier zu sagen, dass die Verfassungsurkunde keinerlei allgemeine Bestimmung über die Entziehung von Titeln, Orden oder Ehrenzeichen aufstellt. Man könnte

---

[89] Die sog. oktroyierte Verfassung vom 5. Dez. 1848 ist zufolge ihrer Einleitung, die eine Revision derselben vorbehält, eine bloss vorläufige (vgl. Arndt, Die Verfassungsurkunde für den preussischen Staat S. 18) und deshalb nicht gesondert zu berücksichtigen.

[90] Vgl. G. Meyer a. a. O. S. 226, Bornhak a. a. O. S. 131.

höchstens als solche die Vorschrift des Art. 44 betrachten, wonach alle „Regierungsakte“ des Königs der Gegenzeichnung eines Ministers bedürfen. Im Einklange mit unseren Ausführungen zu Anm. 5 (S. 530 f.) ist nämlich, wie die Verleihung, auch die Entziehung einer Auszeichnung als Regierungsakt zu bezeichnen und somit der Vorschrift des Art. 44 unterworfen. Durch die verfassungsmässige Notwendigkeit der Gegenzeichnung eines Ministers ist jedoch nicht so sehr die Entziehungsbefugnis des Monarchen beschränkt, als vielmehr der Akt der Entziehung unter die Verantwortlichkeit der Minister gestellt worden; das Recht des Königs, Auszeichnungen zu entziehen, ist durch Art. 44 Verf.-Urk. materiell nicht geschmälert worden.

Im übrigen begnügt sich die Verfassungsurkunde, in Tit. III, der „vom Könige“ handelt, unter Art. 50 zu erklären: „Dem Könige steht die Verleihung von Orden und andern mit Vorrechten nicht verbundenen Auszeichnungen zu.“ Zu den Auszeichnungen, die der König hiernach ohne Verbindung mit Vorrechten verleihen kann, gehören ausser den Orden natürlich Titel und Ehrenzeichen. Da die mit einem Amte verbundenen Titel schon durch die darüber ausgefertigte Bestallung verliehen werden[91], so fällt ihre Verleihung auch[92] unter Art. 47 Verf.-Urk., wonach der König alle Stellen besetzt. Aus der Thatsache nun, dass dem Monarchen nach der Verfassung das Recht zur Verleihung von Titeln, Orden und Ehrenzeichen zusteht[93], kann noch nicht ohne weiteres gefolgert werden, dass ihm auch das Entziehungsrecht, gleichviel in welchem Umfange, geblieben ist.

---

[91] § 84 Allgemeines Preussisches Landrecht Bd. II S. 10. Vgl. oben S. 27.

[92] Nicht nur unter Art. 47, wie SCHWARTZ a. a. O. zu Art. 50 unter B. S. 144 meint.

[93] Es steht ihm allein zu. Der Vorbehalt in Art. 47 der Verfassung, wonach der König die Stellen nur soweit besetzt, als nicht das Gesetz ein anderes verordnet, ist wirkungslos, da ein solches preussisches Gesetz nie ergangen ist.

Es muss vielmehr vor allem das Verhältnis der Verfassung zum früheren Rechte im allgemeinen geprüft werden. Auch hier mangelt es an erschöpfenden Bestimmungen. Nur Art. 109 Verf.-Urk. trifft eine Regelung, indem er vorschreibt, dass alle Bestimmungen der bestehenden Gesetzbücher, einzelnen Gesetze und Verordnungen, die der Verfassung nicht zuwiderlaufen, in Kraft bleiben. In Kraft sind geblieben somit auch die wenigen gesetzlichen Bestimmungen, die das Recht des Königs zur Entziehung der von ihm verliehenen Titel, Orden oder Ehrenzeichen betreffen. Dies gilt vor allem für die von uns erwähnten Vorschriften der vor der Verfassung erlassenen Ordensurkunden, da sie nichts Verfassungswidriges anordnen. Soweit sich daher hieraus eine Entziehungsbefugnis des Königs ableiten lässt, besteht sie, wie vor der Verfassung, so auch nach derselben.

Die Frage ist nun die, ob die Verfassung dem Könige auch hierüber hinaus seine Entziehungsbefugnis in der früheren Ausdehnung belassen hat, also insbesondere in Ansehung der Titel und mit Rücksicht auf das öffentliche Interesse. Mit andern Worten, gebühren der Krone alle Befugnisse, die ihr die Verfassung nicht ausdrücklich genommen hat? Es ist dies ausserordentlich bestritten, dürfte aber ohne Bedenken zu bejahen sein. Die preussische Verfassung mag thatsächlich zustande gekommen sein auf Grund von Verhandlungen zwischen König und Volk. Ihre Rechtswirksamkeit hat sie jedoch allein dadurch, dass sie vom Monarchen erlassen ist[94]. Er hat sie, wenn auch unter einem politischen Zwange, so doch rechtlich frei, auf Grund seines damals noch unbeschränkten Gesetzgebungsrechtes seinem Lande gegeben[95]. Hieraus folgt, dass, wenn nach der Ver-

---

[94] Die sog. oktroyierte Verfassung, auf der die heutige beruht, ist denn auch ohne Mitwirkung der Nationalversammlung vom Könige veröffentlicht und erst von den gemäss der Verfassung selber gebildeten Kammern anerkannt worden.

[95] Vgl. Arndt a. a. O. S. 17, Bornhak a. a. O. § 22 S. 131.

fassung der Volksvertretung oder andern staatlichen Faktoren Rechte zustehen, diese ihnen vom Könige[96] gewährt sind und ihnen nicht kraft eigenen Rechtes gebühren, dass sie also auch nur die durch die Verfassung oder andere Gesetze ihnen zugeteilten (den König beschränkenden) Rechte besitzen[97]. Anderseits ist zu sagen, dass die in der Verfassungsurkunde aufgezählten Rechte des Königs ihm kraft eigenen Rechtes und nicht erst vermöge der Verfassung gebühren, dass also die Existenz eines Rechtes der Krone von seiner Erwähnung in der Verfassungsurkunde unabhängig ist. Dies um so mehr, als letztere gar nicht vorgiebt, alle Rechte des Königs aufzuführen[98]. Der König hat folglich alle diejenigen Rechte behalten, die ihm die Verfassung nicht ausdrücklich entzogen hat[99].

---

[96] Vgl. v. Rönne a. a. O. § 12 S. 205 Anm. 1.

[97] Vgl. Bornhak a. a. O. § 59 S. 363.

[98] Vgl. Arndt a. a. O. S. 93 unten. „Die in der Verfassungsurkunde aufgezählten Befugnisse des Königs können nur als Beispiele, nicht als erschöpfende Aufzählung der Kronrechte angesehen werden.“ Schulze in Marquardsen's Handbuch II 2 § 15 S. 41.

[99] Diese Anschauung allein entspricht den thatsächlichen Machtverhältnissen der Krone in Preussen und auch der geschichtlichen Entwicklung. Vgl. Arndt a. a. O. S. 27, G. Meyer a. a. O. § 24 S. 227 oben, Zorn in dem Vorworte zu v. Rönne's Staatsrecht der Preussischen Monarchie, S. XI und v. Rönne a. a. O. § 12 S. 206 oben. Anderer Meinung ist Schulze, Staatsrecht § 163 S. 610. Er vertritt, unter Ausserachtlassung der besonderen geschichtlichen Entwicklung in Preussen, die weit verbreitete Ansicht, weder die Rechte der Krone, noch die der Volksvertretung seien in der Verfassung alle aufgezählt, so dass die Vermutung nicht zu Gunsten des Bestehens der Rechte des Königs spreche. Schwartz, a. a. O. S. 42 und S. 123 hält zwar auch diese Vermutung für ihrer gewöhnlichen theoretischen Begründung nach falsch und will deshalb eine besondere Untersuchung jedes Einzelfalles; wenn aber diese zu keinem Ergebnisse führt, ist auch nach ihm die einzige Lösung die, darauf zurückzukommen, dass der König „als Staatsoberhaupt alle Rechte der Staatsgewalt in sich vereinige (vgl. hierzu den gemäss Art. 109 der Verfassungsurkunde aufrechterhaltenen § 1 Allgemeines Preussisches Landrecht Teil II Titel 13) und nur soweit beschränkt sei, als die Verfassung oder die späteren Gesetze es bestimmten.“

Daraus folgt für uns, dass, wenn der Monarch vor Erlass der Verfassung von ihm verliehene Auszeichnungen entziehen konnte — und dass er es konnte, haben wir nachgewiesen —, er dann auch nachher und zwar im selben Umfange dazu befugt war, sofern nicht eine Sonderbestimmung anderes Recht schuf. Bezüglich der Orden und Ehrenzeichen, sowie der nicht mit einem Amte verbundenen Titel trifft die Verfassungsurkunde keinerlei Sonderbestimmung, sie hat dem Könige demzufolge in Ansehung derselben sein bisheriges Entziehungsrecht gelassen.

Ein anderes gilt für die Amtstitel, die der Monarch zwar schon nach dem Rechte vor der Verfassung nicht schlechthin entziehen konnte, deren Entziehung mit dem Amte aber immer noch — wenigstens bei den nichtrichterlichen Beamten — in hohem Grade in der Hand des Königs lag. Mittlerweile war die Ansicht zum vollen Durchbruche gekommen, dass im eigensten Interesse des Staates Amt und Amtstitel der Beamten gegen jede Willkür der regierenden Person und ihrer Vertreter geschützt werden müsse. Dieser Ansicht huldigt die Verfassung im Verein mit den darauf fussenden Disziplinargesetzen. Dieselben wollen die Gründe und Fälle des Verlustes nicht nur des Amtes, sondern auch des damit nach wie vor[100] sozusagen unzertrennlich verbundenen Amtstitels für die Dauer des Staatsdienerverhältnisses erschöpfend angeben[101]. Es ist demnach festzustellen, ob der König nach den genannten Gesetzen noch einem Beamten[102] während der Dauer des Staatsdienerverhältnisses den Amtstitel entziehen kann[103].

[100] § 84 Allgemeines Preussisches Landrecht Teil II Titel 10, Verordnung vom 7. Febr. 1817 und die Ergänzungen dazu in Verbindung mit Art. 109 der Verfassungsurkunde.

[101] Soweit nicht eine Aenderung von Titeln zufolge allgemeiner königlicher Anordnung in Frage kommt, worin aber keine wirkliche Entziehung liegt.

[102] D. h. einem endgültig und nicht auf Widerruf angestellten Beamten. Bei wem dies nicht zutrifft, der ist in unserem Sinne kein Beamter; jeden-

Auf keinen Fall kann er es bei den zum Richterstande gehörenden Beamten. Dieselben werden gemäss Art. 87 Verf.-Urk. vom Könige auf Lebenszeit ernannt und können nur durch Richterspruch ihres Amtes entsetzt werden[104]. Die Dienstentlassung[105] im förmlichen Disziplinarverfahren, in dem unabhängige „Richter" entscheiden, zieht den Verlust des Titels von selbst nach sich[106]. Um von dem Verluste des Amtstitels durch gerichtliches Strafurteil abzusehen, kann ausserdem der Amtstitel eines im Amte befindlichen Richters höchstens noch verloren gehen infolge unfreiwilliger Versetzung auf eine andere Stelle[107]. Eine solche Versetzung kann jedoch nur auf Grund eines richterlichen Beschlusses erfolgen, es sei denn, dass sie durch Veränderungen in der Organisation der Gerichte oder ihrer Bezirke nötig wird[108]. In letzterem Falle kann sie zwar durch die Landesjustizverwaltung, also auch auf Veranlassung des Königs, verfügt werden, aber hier kann kaum noch von einer Entziehung des Titels gesprochen werden, da der Richter, wenn er seinen Titel nicht behält, statt dessen mindestens einen gleich hohen andern bekommt. Es ist also ausgeschlossen, dass der König Richtern während ihrer Amtsdauer den Amtstitel im eigentlichen Sinne entzieht.

Bezüglich der nicht zum Richterstande gehörigen Beamten

---

falls kann bei ihm, wenn er einen Titel hat, nicht von einem eigentlichen Amtstitel gesprochen werden.

[103] Wider seinen Willen; denn bei einem Amtswechsel u. s. w. mit Willen des Beamten kann von einer Entziehung keine Rede sein.

[104] Sei es ipso iure durch Strafurteil gemäss § 6 des Gesetzes vom 7. Mai 1851 oder im besonderen Disziplinarverfahren. — Vgl. hierzu und zum folgenden §§ 6 und 8 des deutschen Gerichtsverfassungsgesetzes.

[105] Zeitweilige Amtsenthebung, vorläufige Amtssuspension und unfreiwillige Versetzung in den Ruhestand haben den Verlust des Titels nicht zur Folge.

[106] § 15 des Gesetzes vom 7. Mai 1851.

[107] § 1 des Gesetzes vom 26. März 1856.

[108] Verfassungsurkunde Art. 87 Abs. 2 und 3.

bestimmt die Verfassungsurkunde[109] nur, dass ihre Rechtsverhältnisse durch ein Gesetz geregelt werden sollen, welches, ohne die Regierung in der Wahl der ausführenden Organe zweckwidrig zu beschränken, den Staatsbeamten gegen willkürliche Amtsentziehung angemessenen Schutz gewährt. Also willkürlich darf auch den nichtrichterlichen Beamten nach der Verfassung nicht das Amt und damit auch nicht der Amtstitel entzogen werden. Wann und wie die Entziehung aber stattfinden darf, besagen die späteren Gesetze. Die Amtsentsetzung und der Verlust des Amtstitels im Straf- und im Disziplinarverfahren ist danach ähnlich geregelt, wie bei den Richtern, mit dem Hauptunterschiede aber, dass die erkennenden Beamten im Disziplinarverfahren grossenteils nichtrichterliche sind[110], sowie dass jede Entscheidung der Disziplinarbehörde, durch welche die Dienstentlassung rechtskräftig ausgesprochen ist, der Bestätigung des Königs bedarf, wenn der Beamte von ihm ernannt oder bestätigt worden ist[111]. Nichtrichterliche Beamte können ausserdem im Interesse des Dienstes jederzeit (eventuell demnach durch den König oder auf seine Veranlassung) in ein anderes Amt versetzt werden und so statt ihres bisherigen einen andern, wenn auch mindestens gleichwertigen Titel erhalten.

Eine eigentliche Entziehung von Amtstiteln durch den König ist somit heute in Preussen, solange das Amt dauert, bei nichtrichterlichen Beamten ebensowenig wie bei richterlichen möglich. Im Gegenteile können stets mit einem Amte verbundene Titel auf unfreiwilligem Wege nur infolge eines Strafurteils oder einer Entscheidung im förmlichen Disziplinarverfahren aus bestimmten gesetzlichen Gründen[112] verloren gehen, abgesehen davon, dass bei Versetzungen, hauptsächlich nichtrichterlicher Beamten, die

---

[109] In Art. 98.

[110] Vgl. S. 561 Anm. 106 und das Gesetz vom 21. Juli 1852, insbesondere §§ 7 und 16 No. 2.

[111] § 47 des Gesetzes vom 21. Juli 1852.

[112] Hauptsächlich bei Verstössen gegen Amtspflichten.

Krone einen gewissen Einfluss auf die Veränderung des Amtstitels ausüben kann.

Alles dies gilt auch von den Amtstiteln der Beamten, die in den dauernden[113] oder einstweiligen Ruhestand versetzt, zur Verfügung gestellt oder ihres Amtes zeitweise enthoben sind[114]; denn sie befinden sich noch immer, wenn auch nicht mehr im Amte, so doch im Staatsdienerverhältnisse[115]. Nicht mehr im Staatsdienerverhältnisse befinden sich dagegen die Beamten, welche ohne Pensionierung freiwillig ausgeschieden sind. Diesen wird, wenn sie auf ihr Ansuchen „in Gnaden" entlassen werden, ihr Titel belassen[116]. Ein so belassener Titel steht aber, abgesehen davon, dass er etwa eine amtliche Eigenschaft bezeichnet, ausser Zusammenhang mit dem früheren Amte; denn seine Belassung ist ein reiner Gnadenakt. Bezüglich solcher Titel greift daher die Disziplinargesetzgebung nicht Platz und es tritt deshalb in Ansehung derselben, da sie alle vom Monarchen oder in dessen Namen verliehen sind[117], das von uns nachgewiesene Entziehungsrecht des Königs in seinem vollen Umfange ein.

Nachdem wir gesehen haben, dass die Verfassung und die Disziplinargesetzgebung das Recht des Königs zur Entziehung der von ihm verliehenen Titel, Orden und Ehrenzeichen, soweit es bestand, im wesentlichen unberührt gelassen hat, käme in Betracht, ob vielleicht sonst irgendwelche Gesetze einen bestimmenden Einfluss darauf ausgeübt haben oder vielmehr heute ausüben. In dieser Beziehung verlangt Berücksichtigung in erster Linie das Reichsstrafgesetzbuch. Dasselbe bestimmt in § 33, dass die

---

[113] Vgl. § 15 des Gesetzes vom 7. Mai 1851; sowie Seydel, Das Gesetz vom 21. Juli 1852 zu § 16 daselbst S. 104.

[114] Vgl. § 97 des Gesetzes vom 21. Juli 1852.

[115] Vgl. v. Stengel, Staatsrecht § 43 S. 152 f.

[116] Vgl. Schulze a. a. O. § 102 S. 341.

[117] Vgl. v. Stengel, Staatsrecht Bd. II Kap. II § 22 S. 72 und § 42 S. 148.

Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte unter anderem den dauernden Verlust der Titel, Orden und Ehrenzeichen des Verurteilten bewirkt. Dass daneben noch das Entziehungsrecht des Königs fortbesteht, ist eigentlich selbstverständlich[118]. Gleichwohl müssen wir die Sache genauer behandeln, da die meisten Schriftsteller nur den Verlust der Auszeichnungen im gerichtlichen Straf- oder im Disziplinarverfahren erwähnen und teilweise auch einen Verlust auf andere Art für ausgeschlossen halten[119]. Nehmen wir an, die Ansicht der letzteren wäre richtig, so würde sich ein grosser Missstand ergeben. Die Regel ist, dass der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte nur ausgesprochen werden kann und nicht muss. So kommt es, dass die strafgerichtliche Verurteilung allein oft sehr schwere Verbrecher im Vollgenusse der bürgerlichen Ehrenrechte lässt. Hinzukommt, dass bei vielen Vergehen[120] und bei allen Uebertretungen, auch wenn sie im einzelnen Falle die grösste Ehrlosigkeit verraten[121], überhaupt keine Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte möglich ist. Wollte man daher nur eine Aberkennung von Titeln, Orden oder Ehrenzeichen zur Strafe zulassen, so würde das staatliche Entziehungsrecht bei weitem nicht genügend zur Geltung kommen. Dies wäre um so bedenklicher und geradezu verderblich, als es bei uns der König ist, der die Auszeichnungen verleiht, und es im Leben leicht genug dazu kommt, dass infolge des ehrlosen Verhaltens des Inhabers einer Auszeichnung „falsche Anschauungen entstehen von der Verdienstwürdigung bei denen, die auf

---

[118] Zumal wir schon hinsichtlich der Kriegsdenkmünzen, Dienstauszeichnungen und Titel mit Beziehung auf die frühere Strafgesetzgebung dasselbe angenommen haben.

[119] So offenbar SCHWARTZ a. a. O. S. 144 Anm. D zu Art. 50 der Verfassungsurkunde.

[120] z. B. Widerstand gegen die Staatsgewalt, Beleidigung, Körperverletzung.

[121] Wie wohl meistens die Uebertretungen gegen § 361 No. 3—7, 9 und 10 des Strafgesetzbuchs.

der Höhe der Menschheit wandeln" [122]. Es muss deshalb dem Könige ein über die Fälle des Reichsstrafgesetzbuches hinausgehendes Entziehungsrecht nach wie vor zustehen [123].

Dass dem in der That so ist, lehrt die geschichtliche Entwicklung des Reichsstrafgesetzbuches. § 33 desselben bezw. der diesem entsprechende Paragraph des II. Entwurfs eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund [124] schliesst sich eng den Bestimmungen des preussischen Strafgesetzbuches vom 14. April 1851 an, wonach „die Untersagung der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte" den Verlust der Titel, Orden und Ehrenzeichen des Verurteilten zur Folge hat. Haben daher die Bestimmungen des preussischen Strafgesetzbuches dem Könige sein Entziehungsrecht nicht schon genommen, so hat auch das Reichsstrafgesetzbuch es ihm gelassen.

Was zunächst Orden und Ehrenzeichen angeht, so konnten sie vor Inkrafttreten des preussischen Strafgesetzbuches, abgesehen von den oben [125] erwähnten wenigen Fällen, nur vom Könige entzogen werden. Als man deshalb den Verlust der Orden und Ehrenzeichen zugleich mit dem der übrigen Ehrenrechte eintreten lassen wollte, wandte sich der Präsident der Staatsratskommission zur Revision des Strafgesetzbuchentwurfs in einem Immediatberichte [126] an den König, damit dieser „den

[122] Vgl. v. MOHL a. a. O. Bd. II 1 S. 162 unten.

[123] Die Motive sprechen sich hierüber nicht aus. Sie bemerken nur, dass, wo ein neben dem Strafgesetzbuche in Kraft bleibendes Landesgesetz mit einer strafrechtlichen Verurteilung allgemeine nachteilige Folgen inbetreff der Ausübung bürgerlicher Ehrenrechte verbinde, nunmehr die Folgen der §§ 33, 34 des Gesetzbuchs an die Stelle träten (vgl. OPPENHOFF, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich zu § 33 No. 15). Dies kann natürlich unsere Frage nicht berühren.

[124] Vgl. die Motive hierzu im III. Bd. des Stenogr. Berichts über die Verhandlungen des Reichstags des Norddeutschen Bundes, Session 1870, bei §§ 30, 31 des Entwurfs.

[125] S. 554.

[126] Verhandlungen der Kommission des Staatsrats über den revidierten Entwurf des Strafgesetzbuchs 1846 S. 93 f.

Gerichten die Entscheidung über den Verlust jener Auszeichnungen delegiere". In dem Immediatberichte wird betont, „dass die Kommission nicht den Verlust der Orden und Ehrenzeichen in dem Sinne zu einer Kriminalstrafe machen wolle, dass derselbe nur durch gerichtliches Erkenntnis ausgesprochen werden könne. Die Entziehung solcher Auszeichnungen werde vielmehr der Krone in demselben Umfange wie bisher anheimgestellt bleiben. Es solle nur der Bestimmung des Königs nicht erst bedürfen. wenn der Inhaber durch rechtskräftiges Erkenntnis der zuständigen Gerichte der Ehrenrechte überhaupt verlustig erklärt worden sei"[127]. In diesem Sinne ist die Allerhöchste Kabinetsordre vom 8. Febr. 1846[128] zu verstehen, worin der König den Beschluss der Staatsratskommission genehmigt, „nach welchem die Strafe des Verlustes der Ehrenrechte auch auf die Orden und Ehrenzeichen sich erstrecken und wegen deren Verlustes dasselbe Verfahren, wie bei den übrigen besonderen Ehrenvorzügen eintreten soll". Der König hat sich also hierdurch nicht seines Entziehungsrechtes begeben, sondern nur dasselbe für besonders grobe Fälle der Verletzung der Ehrenverpflichtung den Strafgerichten übertragen[129].

Von den Titeln kommen die mit einem Amte verbundenen hier nicht in Betracht, da bei ihnen kein wirkliches Entziehungsrecht der Krone besteht. Wenn dabei an die Stelle der früheren königlichen Entziehungsbefugnis die Disziplinargesetzgebung getreten ist, so beweist es, dass man auch bei diesen Auszeichnungen mit den Bestimmungen des Strafgesetzbuches über ihre Aberkennung allein nicht auskommen kann. Letzteres gilt daher gleichfalls für die nicht mit einem Amte verbundenen Titel, auf die zudem, wie ausgeführt[130], die Grundsätze über Orden und

---

[127] Daselbst S. 100.

[128] Daselbst S. 92.

[129] Vgl. Goltdammer, Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die Preussischen Staaten 1851 Teil I S. 143f. und 171.

[130] Oben S. 549.

Ehrenzeichen entsprechende Anwendung finden müssen. Auch bei den Titeln haben deshalb die neueren strafgesetzlichen Bestimmungen das Entziehungsrecht des Königs nicht geschmälert, ebensowenig wie es die älteren Vorschriften[131] gethan haben. Das ist offenbar auch die Meinung der Staatsratskommission von 1846 gewesen, wie aus einer Andeutung des erwähnten Immediatberichts hervorgeht[132]. Derselbe weist darauf hin, der eigentliche Grund, der für die Beibehaltung der alten Vorschriften bezüglich der Orden und Ehrenzeichen angeführt zu werden pflege, bestehe darin, „dass ihre Entziehung ebenso, wie ihre Verleihung, eine Allerhöchste Prärogative sei". Der Bericht fährt dann fort: „Dies kann jedoch schon darum nicht als entscheidend betrachtet werden, weil sonst ganz dasselbe für die Allerhöchst verliehenen Titel und Würden behauptet werden müsste, was doch nie die Absicht gewesen ist." Es soll damit gesagt werden, dass man bei Titeln und Würden nie daran gedacht hat, Schwierigkeiten wegen ihrer Aufnahme unter die Ehrenrechte im Sinne des Strafgesetzbuchs zu erheben, und das, wiewohl für sie dasselbe behauptet werden müsste, wie von den Orden und Ehrenzeichen, nämlich „dass ihre Entziehung wie ihre Verleihung eine Allerhöchste Prärogative sei". Deshalb, folgert der Bericht, sei der Umstand, dass eine Prärogative der Krone vorliege, auch bei den Orden und Ehrenzeichen nicht entscheidend. Die Staatsratskommission nimmt somit den Standpunkt ein, dass die Entziehung von Titeln ein Vorrecht des Königs sei, das, trotz der teilweisen Uebertragung der Entscheidung an die Strafgerichte zufolge der alten wie der neuen Bestimmungen, als solches fortbestehe.

Nach alledem kann kein Zweifel daran sein, dass auch das Reichsstrafgesetzbuch dem Könige im wesentlichen sein Recht zur Entziehung der von ihm verliehenen Titel, Orden und Ehren-

[131] Vgl. S. 549.
[132] Verhandlungen der Kommission a. a. O. S. 100.

zeichen gelassen hat. Weitere gesetzliche Bestimmungen, die dieses Recht beschränken könnten, sind nicht vorhanden. Im Gegenteile finden sich auch in den nach Erlass der Verfassung ergangenen Statuten für Orden und Ehrenzeichen vielfach Verweisungen auf die allgemeinen Grundsätze inbetreff des königlichen Entziehungsrechtes[133]; wo dies nicht der Fall ist, wird die Geltung derselben stillschweigend vorausgesetzt[134].

Nur die Statuten des Königlichen Hausordens von Hohenzollern vom 23. Aug. 1851 nehmen eine gewisse Sonderstellung ein. Sie heben — offenbar mit Rücksicht auf die mittlerweile erfolgte Einführung des preussischen Strafgesetzbuchs — die Ehrenverpflichtung der Ordensinhaber besonders hervor, derzufolge der Orden „nicht allein durch Verbrechen, sondern auch anstössigen Lebenswandel und unehrenhafte Gesinnung verloren gehen soll". Während nun aber sonst der König meist sein persönliches Entziehungsrecht betont oder doch, wenn von einem Ordenskapitel die Rede ist, höchstens nach eingeholtem Gutachten desselben entscheiden zu wollen erklärt[135], soll hier die Ausstossung durch einen Spruch des Ordensehrengerichtes unter Bestätigung des Monarchen erfolgen[136]. Man könnte meinen, hierdurch sei dem Könige bei diesem Orden sein Entziehungsrecht in ähnlicher Weise, wie durch die Disziplinargesetzgebung bei den Amtstiteln, genommen. Diese Ansicht wäre aber schon um dessentwillen unhaltbar, weil in den Statuten des Hohen-

---

[133] Vgl. die Statuten des Düppeler Sturmkreuzes vom 18. Okt. 1864, der Kriegsdenkmünze für den Feldzug von 1864 vom 10. Nov. 1864, des Alsenkreuzes vom 7. Dez. 1864, des Erinnerungskreuzes für den Feldzug 1866 vom 20. Sept. 1866 und der Erinnerungsmedaille vom 22. März 1897 (alle enthalten in der Gesetzsammlung).

[134] Z. B. in der Urkunde vom 19. Juli 1870 über die Erneuerung des Eisernen Kreuzes (G.-S. S. 437).

[135] Z. B. in den den Louisenorden betreffenden Urkunden vom 3. August 1814 (§ 8) und vom 30. Okt. 1865.

[136] Vgl. Art. 14 der Statuten (G.-S. 1851 S. 676).

zollernschen Hausordens die Möglichkeiten des Verlustes der Auszeichnung weder erschöpfend angegeben sind, noch angegeben werden sollten, welch letzteres für die Disziplinargesetze zutrifft. Sodann aber haben die Statuten des Hausordens, als zeitlich nach dem Inkrafttreten der Verfassung liegend, nicht den Charakter eines Gesetzes, so dass das zudem an die königliche Bestätigung gebundene Ordenskapitel seine Befugnis allein vom Monarchen ableitet und jederzeit durch ihn derselben entkleidet werden kann. Soweit daher der König eine den Orden aberkennende Entscheidung des Kapitels bestätigt, entzieht er den Orden aus eigenem Rechte; ausserdem kann er ihn natürlich ohne Anhörung des Kapitels entziehen, zumal in den Fällen, wo diesem, das nur eine Art von Strafgericht bilden soll, ein Recht zur Entscheidung nicht übertragen ist[137]. Man kann also nicht sagen, dass das königliche Entziehungsrecht durch die Statuten vom 23. Aug. 1851 eingeschränkt worden sei.

IV.

Wenn man das bisher gewonnene Resultat zusammenfasst, so ergeben sich folgende Sätze. Der König von Preussen kann grundsätzlich die von ihm verliehenen Titel, Orden und Ehrenzeichen — unter Verantwortlichkeit seiner Minister — wieder entziehen. Er kann es jedoch nicht willkürlich, sondern nur wegen Unehrenhaftigkeit des Inhabers der Auszeichnung oder im wohlverstandenen öffentlichen Interesse[138]. Ferner hat bei den

[137] Wenn zwar das öffentliche Interesse die Entziehung verlangt, aber die Ehrenverpflichtung nicht verletzt worden ist.

[138] Nach unserer Auffassung kann es demnach keinem Zweifel unterliegen, dass der König, wenn er z. B. einem Forscher auf Grund eines von ihm herausgegebenen Reiseberichtes über Afrika einen Orden verliehen hätte und sich der Bericht später als erschwindelt herausstellte, den Orden wieder entziehen könnte. Die Entziehung wäre hier begründet nicht nur durch das unehrenhafte Verhalten des Forschers, sondern auch durch das im öffentlichen Interesse zu schützende Ansehen der Wissenschaft. Vgl. zu dem angenommenen Falle die Schrift „Etwas vom ‚Afrikareisenden‘ Dr. iur. Esser“ von Wagner, Berlin 1899.

mit einem Amte verbundenen Titeln die Verfassung in Verbindung mit der Disziplinargesetzgebung das eigentliche Entziehungsrecht des Königs beseitigt. Fragt man sich nun noch ganz besonders, ob es von Einfluss auf das bisherige Ergebnis ist, ob der Inhaber der Auszeichnung strafgerichtlich verurteilt ist, so ist folgendes zu unterscheiden.

Ist der Inhaber nicht rechtskräftig verurteilt, so kann ihm der König Orden, Titel und Ehrenzeichen jederzeit nach den angeführten Grundsätzen entziehen und zwar, soweit eine Entziehung wegen Verschuldens in Betracht kommt, nicht nur bei leichten Verstössen, sondern auch wegen Verbrechen, nicht nur vor Einleitung eines Strafverfahrens, sondern auch nachher — bis zur Rechtskraft eines von einem deutschen Gerichte erlassenen verurteilenden Erkenntnisses. Eine gerichtliche Entscheidung braucht also nie abgewartet zu werden, ebenso wie der König auch nicht an eine etwaige Freisprechung gebunden ist[139]. Ist hingegen der Inhaber der Auszeichnung durch ein deutsches Strafgericht rechtskräftig verurteilt, so kommt es darauf an, ob ihm die bürgerlichen Ehrenrechte (sei es neben einer andern Strafe, sei es nach § 37 R.-St.-G.-B. allein) aberkannt worden sind oder nicht. Sind sie nicht aberkannt, so kann der König die von ihm verliehene Auszeichnung aus den gewöhnlichen Gründen wieder entziehen[140], und dies auch dann, wenn die Ehrenrechte hätten aberkannt werden können, aber wegen strafmindernder Umstände belassen worden sind. Sind dagegen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt, so hat der

---

[139] Nur so kann der Immediatbericht a. a. O. verstanden werden, wenn es darin heisst, die Entziehung der Auszeichnungen werde dem Könige im selben Umfange, wie bisher, anheimgestellt bleiben. — Uebrigens ist in ähnlicher Weise auch das Disciplinarverfahren von Einleitung und freisprechendem Ergebnisse des Strafverfahrens unabhängig.

[140] Denn der Verlust der Auszeichnungen ist nicht an andere Strafen geknüpft, wie dies z. B. im Gesetze vom 21. Juli 1852 (§ 7) hinsichtlich der Aemter der Fall ist.

Inhaber einer Auszeichnung durch das verurteilende Erkenntnis im Augenblicke der Rechtskraft desselben ipso iure die Auszeichnung verloren. Für das Entziehungsrecht des Königs bleibt daher in diesem Falle kein Raum. Das muss geschlossen werden aus dem Wortlaute des § 33 R.-St.-G.-B., wonach die Aberkennung der Ehrenrechte „den dauernden Verlust der Titel u. s. w. bewirkt" und nicht etwa bloss „ihre Entziehung zur Folge hat" [141].

Sonach hat die strafgerichtliche Verurteilung des Inhabers einer Auszeichnung nur einen gewissen Einfluss auf das königliche Entziehungsrecht. An sich hat sie nämlich keinen Einfluss, wenn aber strafgerichtlich die bürgerlichen Ehrenrechte rechtskräftig aberkannt sind, ist ein rechtlich bedeutsames Handeln des Königs, mit andern Worten die Entziehung des Titels, Ordens oder Ehrenzeichens durch ihn ausgeschlossen.

Zum Schlusse müssen wir noch auf die wichtigsten rechtlichen Wirkungen der, wie nachgewiesen, möglichen Entziehung eines preussischen Titels, Ordens oder Ehrenzeichens durch den König zu sprechen kommen.

Die hervorragendste Wirkung der Entziehung ist die, dass

---

[141] Diese Auffassung wird scheinbar nicht geteilt von Art. 14 der Statuten des Hohenzollernschen Hausordens. Danach soll nämlich die „Ausstossung" stattfinden, „auch wenn die Strafe des Ordensverlustes von einem Strafrichter nicht ausgesprochen ist" (G.-S. 1851 S. 676). Art. 14 a. a. O. setzt also voraus, dass eine „Ausstossung" dann regelmässig zu erfolgen hat, wenn der Strafrichter den Ordensverlust ausgesprochen hat. Wollte man mithin hier unter Ausstossung die Entziehung oder auch nur die endgültige Entziehung des Ordens verstehen, so stände Art. 14, wie mit den entsprechenden Bestimmungen des Preussischen Strafgesetzbuchs vom 14. April 1851, so auch mit § 33 des Reichsstrafgesetzbuchs in Widerspruch; denn wenn der Verlust eines Ordens durch Strafurteil bewirkt ist, kann er nicht mehr entzogen werden, ist vielmehr bereits entzogen. In Artikel 14 kann daher unter der „Ausstossung" nach einem die Ehrenrechte und damit den Orden aberkennenden Urteile nur die Kenntnisnahme des Urteils und die Streichung aus der Ordensliste zu verstehen sein, Dinge, die nach dem bereits erfolgten Verluste des Ordens keine rechtliche Bedeutung haben.

der Ausgezeichnete nicht mehr befugt ist[142], den Titel zu führen, den Orden oder das Ehrenzeichen zu tragen. Man sollte nun glauben, diese Wirkung beschränke sich auf den Fall, dass die Entziehung wirklich wegen Unehrenhaftigkeit des Inhabers oder im wohlverstandenen öffentlichen Interesse erfolgt ist. Damit würde man aber der Bedeutung des Entziehungsrechtes als eines Majestätsrechtes[143] nicht gerecht. Materiell ist zwar eine aus reiner Willkür erfolgte Entziehung ein Unrecht und vermag dem Ausgezeichneten sein subjektives öffentliches Recht[144] nicht zu nehmen. Aber die Entziehung durch den König, mag ihr Grund sein welcher er wolle, schafft formelles Recht; denn über die Ausübung und die Folgen von Majestäts- und Hoheitsrechten findet nach § 36 der Königlichen Verordnung wegen verbesserter Einrichtung der Provinzial-, Polizei- und Finanzbehörden vom 26. Dez. 1808[145] der Rechtsweg nicht statt[146]. Hat mir der König daher meinen von ihm erhaltenen Orden oder nicht mit einem Amte verbundenen Titel oder mein ebenso erworbenes Ehrenzeichen entzogen, so kann ich nicht im Rechtswege Belassung der Auszeichnung verlangen, und zwar selbst dann nicht, wenn die Entziehung ohne Angabe eines (zulässigen) Grundes erfolgt ist oder der angegebene keinerlei Berechtigung zu haben scheint[147]. Ebensowenig könnte ich Schadensersatz verlangen,

---

[142] Vgl. HEFFTER a. a. O. S. 385.

[143] Majestätsrecht nicht im Sinne von Ehrenrecht, wie SCHULZE a. a. O. § 51 S. 165 und G. MEYER a. a. O. § 24 S. 227 es nehmen, sondern im Sinne des Allgemeinen Preussischen Landrechts Teil II Titel 13, wonach darunter jedes dem Könige als Staatsoberhaupt, als Träger der Staatsgewalt zustehende Recht zu verstehen ist, unter anderem auch seine Befugnis, „Privilegien zu erteilen, Standeserhöhungen, Staatsämter und Würden zu verleihen" (§ 7 Allgemeines Landrecht Teil II Titel 13).

[144] Auf Anerkennung u. s. w.

[145] G.-S. 1806—1810 S. 464f.

[146] Vgl. DROOP, Der Rechtsweg in Preussen 1899 S. 9 und 10.

[147] Vgl. die analogen Ausführungen über die Anerkennung des Adels durch den König bei DROOP, a. a. O. S. 10 Anm. 1.

wenn durch ungerechtfertigte Entziehung mein Kredit erschüttert worden wäre[148]. Folgerichtig darf auch kein Gericht im einzelnen Falle Vorhandensein oder Zulässigkeit des Grundes der Entziehung prüfen, wenn von der Fortdauer oder Nichtfortdauer der Auszeichnung die Sachentscheidung, z. B. die Verurteilung aus § 360 No. 8 R.-St.-G.-B. abhängt[149]. Wohl die wichtigste praktische Folge unserer Auffassung vom Entziehungsrechte des Königs ist daher die, dass, wenn die Entziehung erfolgt ist und die Auszeichnung trotzdem weiter geführt wird, der frühere Inhaber gemäss § 360 No. 8 a. a. O. zu bestrafen ist, ohne Rücksicht darauf, ob die Entziehung materiell gerechtfertigt ist (wegen Unehrenhaftigkeit oder durch das öffentliche Interesse) oder nicht.

Bei Orden und Ehrenzeichen hat die Entziehung der Auszeichnung ausser der dargestellten noch die bedeutsame[150] Wirkung, dass nunmehr die Insignien vom Monarchen zurückgefordert werden können und deshalb, wie bei Sterbefällen, auch ohne weiteres an die dafür bestimmte Stelle einzusenden sind[151]. Dies bezieht sich natürlich nicht auf Duplikate, welche die Inhaber sich selber angeschafft haben und auf die der Monarch daher

---

[148] Vgl. DROOP a. a. O. S. 8f.

[149] Aus den angeführten Sätzen folgt jedoch keineswegs eine Befugnis des Königs zu willkürlichem Handeln, vielmehr sind, wie v. RÖNNE (a. a. O. § 12 Teil II Titel 1 S. 206 f.) bemerkt, „alle seine Rechte zu gleicher Zeit Pflichten gegen das Volk“ und er ist für treue Beobachtung der geltenden Rechtsordnung „Gott und seinem Gewissen verantwortlich“. Die Ausschliessung des Rechtsweges gegenüber den Majestätsrechten birgt daher keine Gefahr für das berechtigte Interesse des Inhabers einer Auszeichnung in sich. Dasselbe ist zudem dadurch geschützt, dass die Entziehung einer Auszeichnung, wie ausgeführt, unter der Verantwortlichkeit der Minister steht, obwohl, wie v. MOHL (a. a. O. S. 162) bemerkt, weder Fiktion noch Gewohnheit die sittliche Verantwortlichkeit auf sonst jemanden überträgt.

[150] Die analoge Zurückforderung des Patents bei Titeln ist von minderer Bedeutung und deshalb nicht näher zu erörtern.

[151] Vgl. HEFFTER a. a. O. S. 385.

kein Recht hat[152]. An den aus der Hand des Königs von Preussen oder seiner beauftragten Behörde stammenden Insignien dagegen erwirbt der Ausgezeichnete ordentlicherweise ein blosses Nutzungsrecht[153], da sie kraft ausdrücklicher Bestimmung nach dem Tode des Inhabers[154] und im Falle einer gerichtlichen Aberkennung zurückzugeben sind[155]. Das Nutzungsrecht an den Insignien aber geht, wie bereits ausgeführt[156], notwendigerweise mit der Entziehung verloren. Der König kann dieselben daher dann, wenn die Einsendung nicht ohne weiteres geschieht, durch seine Behörden zurückfordern und nötigenfalls zwangsweise einziehen lassen[157].

---

[152] Ebensowenig, wie beim Tode des Inhabers. Vgl. die Allgemeine Verfügung des preussischen Justizministers vom 22. Juli 1840.

[153] Vgl. oben S. 537 f.

[154] Von den Hinterbliebenen.

[155] Vgl. die bei Koch, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten 8. Aufl. Bd. I zu Teil II Titel 9 § 353 No. 6 angeführten Reskripte, Allgemeinen Verfügungen und Bekanntmachungen des Justizministers. — Die Rückgabe hat gewöhnlich an die unter dem Präsidium des Staatsministeriums stehende General-Ordens-Kommission zu erfolgen und zwar meist durch Vermittlung anderer Behörden. Der Schwarze Adlerorden und die Orden 1. Klasse sind in Sterbefällen dem Könige persönlich zurückzureichen. Vgl. Hue de Grais, Handbuch der Verfassung und Verwaltung in Preussen und dem Deutschen Reiche 1882 § 38 S. 42 Anm. 98. — Besonderheiten gelten zwar bei Landwehrauszeichnungen (Allgemeine Verfügung vom 18. Februar 1842) und Ordensdekorationen in Brillanten (Allgemeine Verfügung vom 22. Juli 1840). Diese Ausnahmen vermögen aber dem Rechte des Inhabers an den Insignien seinen gewöhnlichen Charakter als einfaches Nutzungsrecht nicht zu nehmen.

[156] Vgl. oben S. 537.

[157] Vgl. Bornhak a. a. O. § 72 S. 447.

Das völkerrechtliche Rechtsverhältnis.

Ein Beitrag zur Konstruktion des Völkerrechts.

Von

Dr. LEO CHALLANDES, Privatdozent in St. Petersburg.

I.

Das direkte und unmittelbare Leugnen des Völkerrechts scheint neuerdings aus der Mode gekommen zu sein.

Jetzt zweifelt wohl kaum jemand, dass es thatsächlich ein Völkerrecht giebt, welches sich als ein Komplex von Rechtsnormen darstellt, die die gegenseitigen Beziehungen der Staaten regeln, und dass dasselbe auch den Charakter eines positiven Rechts trägt. Die Fortschritte der allgemeinen Theorie des Rechts haben zu der Ueberzeugung geführt, dass Zwang kein notwendiges Element des Rechtsbegriffs ist, und dass eine Rechtsordnung möglich sei, die sich weder auf den Richter, noch auf den Schutzmann stützt und auch nicht als das Produkt eines speziellen rechtschaffenden Organs — des Gesetzgebers — erscheint. Dieser Sieg konnte nur ad maiorem gloriam iuris gentium dienen: anstatt einen fruchtlosen Kampf mit dem Heer der „Leugner" zu führen, konnten die Theoretiker des Völkerrechts ihre Kräfte einer tieferen Analyse seiner Grundlagen und leitenden Prinzipien widmen.

Unter dem Einflusse der formell-konstruktiven Richtung im öffentlichen Recht, die sich eine herrschende Stellung errungen

hat, begann die Disziplin des internationalen Rechts sich allmählich von der „politischen“ Spreu zu befreien. Man fing an, deutlicher zwischen lex lata und lex ferenda, zwischen der Sphäre des geltenden Rechts und dem Gebiet der frommen Wünsche zu unterscheiden. Die Konstruktionen wurden feiner, und auf dem allgemeinen Hintergrunde der Rechtsbegriffe traten die spezifisch völkerrechtlichen Rechtskategorien schärfer hervor. Die Lehre von den Subjekten des Völkerrechts (den Staaten) erhielt grössere Präzision, tiefer wurde die Theorie der Staatenverbindungen, der völkerrechtlichen Verträge, des internationalen Privatrechts u. s. w. erforscht.

Zugleich entbrannte ein heftiger Kampf gegen das Naturrecht. In ihm ersah man die Wurzel alles Uebels; ihm, so hiess es, verdanke das Völkerrecht alle seine Mängel. Die „Orgien“, welche die Theorie auf diesem Gebiete feiert[1], erklären den gleichsam schwankenden Zustand dieser Wissenschaft.

Von seiten der Fachmänner des Völkerrechts war eine derartige Verfolgung des Naturrechts offenbarer Undank. Das Völkerrecht (als selbständige Doktrin) entstand ja gerade als Naturrecht; ohne das letztere wäre auch das erstere gar nicht vorhanden. Den ersten Lehrern unserer Wissenschaft erschienen die Verhältnisse zwischen den einzelnen Staaten und die Beziehungen zwischen Privatpersonen als völlig identisch. Die Normen, welche dem civilrechtlichen Verkehr zu Grunde liegen und denselben regeln, mussten, ihrer Ansicht nach, auch auf die gegenseitigen Beziehungen der Staaten übertragen werden. Diesen Standpunkt kann man ohne Mühe in den Werken eines Pufendorf, Thomasius, Barbeyrac, Bourlamaqui, Vattel u. a. ver-

[1] Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte 1892 S. 297: „Während auf allen Rechtsgebieten die Unhaltbarkeit einer Doktrin längst eingesehen wurde, welche sowohl Rechtssubjekte als auch Rechte und Pflichten auf Grund einer dem positiven Rechte vorangehenden und dieses meisternden Rechtsordnung schafft, feiert das alte Naturrecht in den Systemen des Völkerrechts noch immer seine wohlbekannten Orgien.“

folgen. So bemerkt z. B. der erstere im § 24 seiner „Elementa iurisprudentiae universalis", dass „ius gentium nihil aliud est quam ius naturae, quatenus illud inter se summo imperio non connexae gentes diversae observant, quis eadem invicem suo modo officia praestanda, quae singuli per ius naturae praescribuntur". „Le droit des gens distinct du droit naturel est une chimère", ruft BARBEYRAC aus[2]. „Il faut donc appliquer aux nations", meint VATTEL, „les règles du droit naturel pour découvrir quelles sont leurs obligations et quels sont leurs droits."[3]

Auf diese Weise wurde der naturrechtliche Standpunkt von Anfang an der herrschende in der Doktrin des Völkerrechts. Anders konnte es auch gar nicht sein. Im Mittelalter und in der ersten Hälfte der Neuzeit trugen die Beziehungen zwischen den einzelnen Staaten meistens einen zufälligen Charakter. Diese oder jene Usancen wurden nicht zufolge Erkenntnis ihrer rechtlichen Notwendigkeit beobachtet, sondern hauptsächlich ihrer inneren Zweckmässigkeit wegen. Anderseits war die Praxis des völkerrechtlichen Verkehrs und das Vertragsrecht, welches, wenn auch nur schwach entwickelt, immerhin existierte, nur einem sehr beschränkten Kreise von Personen bekannt, welche zu einer wissenschaftlichen Bearbeitung desselben im allgemeinen wenig neigten. Deshalb ist auch dasjenige Völkerrecht, welches wir in den Schriften der Begründer dieser Wissenschaft finden, grösstenteils das Produkt eines Rechtsgefühls oder, wie es neuerdings heisst, ein intuitives und dabei ein auf privatrechtlicher Grundlage aufgebautes Recht[4].

Während des Bestehens des Patrimonialstaates und der aus

---

[2] Cit. bei RIVIER in Holtzendorff's „Handbuch des Völkerrechts" Bd. I S. 431.

[3] Le droit des gens, Prélim., § 6.

[4] Zwar unterscheidet der „Vater" des internationalen Rechts, H. GROTIUS, ein abstraktes (natürliches) und ein positives Völkerrecht, doch artete das letztere bei seinen Nachfolgern in ein blosses Konstatiren von Thatsachen ohne jegliche kritische Analyse aus.

der Zeit des Lehnswesens überkommenen Rechtsbegriffe entsprach eine solche Anschauung vollkommen der Natur der Sache: die Lehnsherren sahen ihre Besitzungen als ihr Privateigentum an und verfuhren damit als boni patres familias — verkauften, verschenkten, vererbten sie u. s. w. Da ist es denn nicht zu verwundern, dass an die Beziehungen der Souveräne derselbe Massstab wie an solche von Privatpersonen gelegt wurde; dadurch erklärt sich auch der Umstand, dass das natürliche Völkerrecht mit dem Privatrecht in seinen Grundzügen und Konstruktionen übereinstimmte[5].

Im Laufe der Zeit verwandelte sich der mittelalterliche Patrimonialstaat in den modernen, auf öffentlich-rechtlichen Grundlagen errichteten Staat. Der Begriff des imperium (Herrschaft ex iure publico) wurde ihm zu Grunde gelegt, und aus einem Eigentümer wurde der Souverän ein Organ des Staates und der Vertreter desselben. Augenscheinlich hätte sich gleichzeitig auch die Konstruktion des Völkerrechts modifizieren müssen; jedenfalls hätte man erwarten können, dass die im Staatsrecht stattgefundene grosse Ideenumwälzung nicht ohne Einfluss auf das Völkerrecht bleiben würde. Thatsächlich kam es aber anders. Auch zu unserer Zeit herrscht bekanntlich in dieser Disziplin der privatrechtliche Charakter vor. Ja er wird sogar von vielen Gelehrten als ein notwendiges und charakteristisches Element der gegenseitigen staatlichen Beziehungen angeführt und hervorgehoben. So z. B. behauptet GIERKE, „das gesamte Völkerrecht hat durchaus nur den Charakter von Privatrecht“[6]. Dieselbe Ansicht von einer völligen Analogie zwischen Privat- und

---

[5] Hier mag auch der Einfluss des vom mittelalterlichen öffentlichen Recht rezipirten römischen Rechts hervorgehoben werden. Vgl. LABAND, Die Bedeutung der Rezeption des römischen Rechts für das deutsche Staatsrecht 1880 S. 30. Neuerdings W. HRABAR, Das römische Recht in der Geschichte der völkerrechtlichen Lehren 1901, Jurjew (russisch).

[6] Deutsches Genossenschaftsrecht 1868 Bd. I S. 843.

Völkerrecht finden wir auch bei FRICKER[7], ZACHARIAE[8] u. a. Den meisten Völkerrechtslehrern ist sie so in Fleisch und Blut übergegangen, dass es eines Blickes in ein beliebiges Lehrbuch unserer Wissenschaft genügt, um Zeuge jener „Bacchanalien“ zu werden, denen sich die privatrechtliche Richtung in einer ganzen Reihe von Instituten hingiebt.

In letzter Zeit hat indessen dieser Zustand eine Protestbewegung in der Litteratur hervorgerufen; es fanden sich „Unzufriedene“, die das Banner der Rebellion erhoben, und bald entbrannte ein heftiger Kampf gegen die veralteten Anschauungen. Zu allererst wurde die Lehre von dem Erwerb der Gebietshoheit, speziell das Institut der Occupation, welches dank den kolonisatorischen Bestrebungen Deutschlands und Italiens in den letzten zwanzig Jahren eine kolossale praktische Bedeutung gewonnen hat, einer Revision unterzogen. Das Skalpel des Forschers hatte auf diesem Gebiet nicht wenig Auswüchse zu entfernen, die auf dem Boden der Analogien mit dem römischen Recht entstanden waren und grossgezogen worden sind. Danach wurde zuerst von JELLINEK[9], sodann von HEILBORN[10] ein entschiedener Schlag gegen die sogen. Grundrechte der Staaten geführt. Als illegitime Nachkommen der Lehre von den ewigen, unerschütterlichen Menschen- und Bürgerrechten erkannt, sind sie von der neuesten Doktrin, wahrscheinlich für immer, aus dem System des Völkerrechts entfernt worden. Endlich wurde auch die Lehre vom Staats- oder völkerrechtlichen Eigentum (domaine international), den Servituten u. s. w. angegriffen.

Es ist nicht die Aufgabe der vorliegenden Abhandlung, die Bedeutung der privatrechtlichen Kategorien und Analogien für das

---

[7] Vom Staatsgebiete 1867 S. 6.

[8] Deutsches Staats- und Bundesrecht Bd. I S. 2. Vgl. TRIEPEL, Völkerrecht und Landesrecht 1899 S. 211 ff.

[9] System der subjektiven öffentlichen Rechte S. 302.

[10] System des Völkerrechts 1896 S. 279.

Völkerrecht in seinem ganzen Umfange zu erforschen. Es wird nur beabsichtigt, bei einer speziellen Frage zu verweilen, nämlich bei der Lehre vom völkerrechtlichen Rechtsverhältnis, und die wahre juristische Natur dieses Begriffs klarzulegen.

II.

Was ist also unter dem völkerrechtlichen Rechtsverhältnis zu verstehen? Mit andern Worten, in welchen Fällen werden die zwischen zwei oder mehreren Staaten bestehenden Verhältnisse durch die Normen des Völkerrechts geregelt?

Zur Vermeidung möglicher Missverständnisse müssen hier einige Bemerkungen vorausgeschickt werden. Erstens lassen wir die Frage von der Korrelation der Rechts- und Lebensverhältnisse, speziell die Frage, ob Rechtsverhältnisse nicht eigentlich Lebensverhältnisse sind, die eine juristische Form angenommen haben, vollkommen beiseite. Ebensowenig wollen wir der sehr angestrittenen Lehre vom „rechtsleeren Raum“, nach BERGBOHM's Terminologie [11], d. h. der Frage von der Existenz von Verhältnissen, die vom Standpunkte des Rechts indifferent sind, Erwähnung thun. Wir nehmen bloss den Komplex derjenigen zwischenstaatlichen Verhältnisse, die zweifelsohne durch Rechtsnormen geregelt werden, und fragen: Welches sind diese Normen?

Vom Standpunkte der herrschenden Theorie werden alle (juristischen) Verhältnisse zwischen den Staaten von dem Völkerrecht normirt. Bei den Anhängern einer privatrechtlichen Konstruktion unserer Wissenschaft ist eine derartige Lösung der Frage nicht nur vollkommen erklärlich, sondern auch durchaus notwendig. In der That werden doch die Beziehungen zwischen den Menschen (wenn man von ihrer Stellung im öffentlichen Rechte und ihrem Verhältnis zum Staate absieht) durch Normen derselben Ordnung geregelt. Diese Verhältnisse der Menschen

---

[11] Jurisprudenz und Rechtsphilosophie 1892.

sind dem Privatrecht untergeordnet, welches als eine Gesamtheit von Normen gedacht wird, die eine selbständige, vom Staate unabhängige Existenz haben können. Wenn also die Verhältnisse zwischen Staaten und zwischen Privatpersonen als identisch angesehen werden, so können sie augenscheinlich auch nur durch ein und denselben Normenkomplex geregelt werden.

Es genügt indessen, einen Blick auf das wirkliche Leben und die Praxis des internationalen Verkehrs zu werfen, um sich von der Irrtümlichkeit dieser Anschauung zu überzeugen.

Es besteht kein Zweifel, dass wenn ein Staat in den Grenzen eines andern sich ein Grundstück oder überhaupt ein unbewegliches Gut durch Kauf ersteht, wir es mit einer Erscheinung zu thun haben, die sich schon prima facie wesentlich von dem Falle unterscheidet, wo ein Staat die Gebietshoheit über einen Landteil erwirbt. Im ersten Falle tritt der Staat als ein Subjekt vermögensrechtlicher Ansprüche auf, im letzteren als ein politisches, seine Hoheitsrechte ausübendes Gemeinwesen.

Wie man also aus diesem Beispiele ersieht, gehören nicht alle zwischenstaatlichen Verhältnisse zu einem Typus. Man kann da zwei, inhaltlich sehr verschiedene Gruppen unterscheiden. Da fragt es sich denn, ob die Normen des Völkerrechts wohl für beide Gruppen anwendbar sind, und wenn nicht, so für welche von beiden?

Es ist schon längst anerkannt, dass nur Staaten Subjekte des Völkerrechts sind [12]. Deshalb, wenn ein völkerrechtliches

[12] Neuerdings hat man zu beweisen versucht, dass auch Privatpersonen und Staatsorgane denselben Charakter besitzen. So behauptet KAUFMANN, Die Rechtskraft des internationalen Rechts 1899, dass es an der Zeit wäre die veraltete Lehre vom Staate als dem einzigen Subjekt des Völkerrechts aufzugeben und anzuerkennen, dass auch einzelne Personen und Staatsorgane dieselbe Eigenschaft besitzen. Indessen beruht seine ganze Argumentation durchgehends auf einer echten petitio principii. Vgl. meine Rezension im (russischen) „Rechtsboten“ 1900 Nr. 1. Ein Verfechter dieser Ansicht scheint auch

Rechtsverhältnis besteht, müssen seine beiden Pole — das Subjekt des Rechts und das Subjekt der Verpflichtung — beides Staaten, und zwar von einander unabhängige Staaten sein[13]. Sobald diese Bedingung fehlt, verliert das Verhältnis seinen Charakter und verwandelt sich in ein innerrechtliches.

Es können aber Zweifel aufsteigen, ob überhaupt zwischenstaatliche, auf dem Prinzip der Subordination beruhende Rechtsverhältnisse möglich sind. Diese Frage muss unbedingt bejaht werden.

Jeder Staat erfüllt zweierlei juristische Funktionen. Erstens herrscht er und übt einen ganzen Komplex von souveränen Hoheitsrechten aus; in seinen Händen hat er den Zwang monopolisiert, seinen Willen drückt er als Gesetz, Verordnung, Verfügung u. s. w. aus. Privatpersonen haben ihm gegenüber nur diejenigen Rechte, welche er ihnen gewährt oder anzuerkennen gewillt ist. In thesi ist der Staat allmächtig, und seinem Willen können nur faktische Grenzen gesetzt werden.

Aber der Staat hat auch noch eine andere Seite. Er kann nicht bloss als befehlende Person, als Träger des imperium, sondern auch als Subjekt von Vermögensrechten — als Fiskus — auftreten.

Die Lehre von der fiskalischen Natur des Staates hat bekanntlich mehrere Entwicklungsstadien durchgemacht. Zur Zeit des Polizeistaates wurde der Fiskus als eine juristische, unabhängig vom Staate existierende und neben ihm bestehende Person gedacht[14]. Auf diese Weise zersplitterte sich der Staats-

---

Westlake zu sein, Etudes sur les principes du droit international 1895 p. 2: „il y aurait du pédantisme à nier que celui qui se livre à la piraterie ou celui qui rompt un blocus sont des sujets du droit international.“ Er fährt jedoch fort „ils ne sont des sujets qu'en vertu des règles admises entre les États“ (?).

[13] Vgl. die interessanten Bemerkungen bei Triepel, Völkerrecht und Landesrecht 1899 S. 18 ff.

[14] Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht 1895 Bd. I S. 47 ff.

begriff. Mit der Zeit änderte sich jedoch die Sachlage. Man begann den Staat als ein Ganzes aufzufassen, unabhängig von den einzelnen ihm zukommenden Rechten, den Fiskus aber als eine Seite dieses Ganzen. Einer der neuesten Forscher dieser Frage — RINTELEN — sagt: „Nach heutigem Staatsrechte ist die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Staates begrifflich nur eine Seite der Staatspersönlichkeit“[15]. Jetzt ist dieser Standpunkt unbedingt der herrschende. Und nicht nur die Theorie hat ihn angenommen, sondern auch die modernen Gesetzgebungen führen ihn durch.

Der Fiskus ist also der Staat selbst, welcher mit gewissen Rechtsbefugnissen ausgerüstet ist, Rechtsbefugnissen, die sich qualitativ von den Rechten der Herrschaft, der Souveränität unterscheiden. Die juristische Natur dieser Befugnisse des Staates muss jedoch näher bestimmt werden. Vom Standpunkte einer sehr zahlreichen Gruppe von Autoren ist die Antwort auf diese Frage höchst einfach: als Fiskus erscheint der Staat in denjenigen Fällen, wo er sich den Normen des Privatrechts unterordnet und, dem imperium entsagend, in den Civilverkehr tritt. — So LABAND[16], ZORN[17], H. SCHULZE[18], M. SEIDEL[19] u. v. a. Indessen führt eine tiefere Analyse der bestehenden Verhältnisse zu der Ueberzeugung, dass die fiskalische Natur des Staates sich nicht nur in der privatrechtlichen Sphäre des Privatrechts, sondern nicht selten auch in jenen Fällen offenbart, wo der Staat sich in den Schranken des öffentlichen Rechts bewegt. In der That tragen viele vermögensrechtlichen Befugnisse des Staates unbedingt einen öffentlichen Charakter; so wird z. B. das Verhältnis des Staates

---

[15] Sub verbo „Fiskus“ im Handwörterbuch der Staatswissenschaften.

[16] Staatsrecht des Deutschen Reichs 1895, 3. Aufl., Bd. II S. 801 ff.

[17] Staatsrecht des Deutschen Reichs Bd. II S. 220.

[18] Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts S. 576; auch RINTELEN, loc. cit.

[19] Bayerisches Staatsrecht Bd. IV S. 1 ff.

zu den öffentlichen Strassen, dem Meeresufer u. s. w. nicht vom privaten, sondern vom öffentlichen Recht normiert. Aus natürlichen oder politischen Gründen sind diese Sachen dem Privatverkehr entzogen und können einzelnen Personen nicht als Rechtsobjekte dienen. Dabei sind sie aber auch nicht Privateigentum des Staates. Letzterer hat sie in seinem Besitz auf Grund des öffentlichen und nicht des privaten Rechts.

Im französischen Verwaltungsrecht geniesst die Lehre vom öffentlichen Eigentum schon seit langem Bürgerrechte. Das Gesetz und die Doktrin erkennen den domaine publique de l'Etat als eine besondere Form des Eigentums an[20]. Nach HAURIOU's Definition „c'est le droit de propriété appartenant à une personne administrative et modifié dans ses effets par la destination d'utilité publique de la chose sur laquelle il porte"[21]. Von dem Privateigentum des Staates — domaine privé de l'Etat — unterscheidet sich das öffentliche auch noch durch eine ganze Reihe von Merkmalen, von denen das wichtigste — die Unveräusserlichkeit ist. Auch in Deutschland ist der Begriff des öffentlichen Staatseigentums sowohl in der Gesetzgebung als auch in der Wissenschaft anerkannt[22]. Er trat zu gleicher Zeit mit der Idee vom Staat als einer juristischen Person auf und herrschte bis zuletzt unangefochten im praktischen Leben und in der Theorie. Erst in den sechziger Jahren versuchten IHERING und KELLER auf Grund eines speziellen Falles[23], den Begriff des öffentlichen Eigentums überhaupt über Bord zu werfen und ihn durch den Begriff eines „Hoheits- oder Polizeirechts" zu ersetzen. Indessen scheint der Sieg auf seiten der Anhänger der traditionellen Richtung geblieben zu sein, und heutzutage ist die Zahl der

---

[20] HAURIOU, Précis de droit administratif 1893 2 éd. p. 486.

[21] Ibid. p. 483.

[22] Vgl. OTTO MAYER, op. cit. Bd. II S. 62.

[23] Der Streit, die Festungswerke der Stadt Basel betreffend. Neuerdings JELLINEK, Das Recht des modernen Staates Bd. I S. 360.

Gegner der öffentlichen Sachenrechte des Staates merklich zusammengeschmolzen[24].

Das Gesagte zusammenfassend, müssen wir nochmals ausdrücklich bemerken, dass der Staat auf dem Gebiet des Rechtslebens eine zwiefache Rolle spielt: er kann als befehlende und zwanganwendende Person handeln — in diesem Falle übt er das imperium aus, — oder als Subjekt vermögensrechtlicher (privater und öffentlicher) Ansprüche — d. h. als Fiskus, in welchem Falle er dann sein dominium realisiert.

Für die Konstruktion des Begriffs des völkerrechtlichen Rechtsverhältnisses ist diese Unterscheidung von grösster Bedeutung. Thatsächlich werden durch die Normen des Völkerrechts nur solche Verhältnisse zwischen selbständigen politischen Gemeinwesen geregelt, welche in der Ausübung des imperium, der Hoheitsrechte bestehen. Nur dann, wenn beide Subjekte sich als befehlende, mit souveränen Rechten ausgerüstete Personen offenbaren, kann von einer völkerrechtlichen Verpflichtung einerseits und von einem völkerrechtlichen Anspruch anderseits die Rede sein.

Eine jegliche Norm des Völkerrechts wird als eine über zwei oder mehreren Subjekten stehende und ihre völlige Koordination und gegenseitige Unabhängigkeit voraussetzende Regel gedacht. Das ist aber nur dort möglich, wo es sich um die Ausübung von Hoheitsrechten handelt. Sobald die Sache vermögensrechtliche Ansprüche betrifft, wird das Verhältnis der Koordination gestört, und der Fiskus erscheint auf der Bildfläche. Deshalb kann ein Verhältnis zwischen einem Staat als Fiskus und einem Staat als Träger des imperium nicht als ein Verhältnis zweier unabhängiger, koordinierter Subjekte angesehen werden, ebensowenig wie ein Verhältnis zwischen Staat und Privatpersonen.

---

[24] Eine ausführliche Bearbeitung dieser Lehre bei OTTO MAYER, op. cit. Bd. II S. 85; vgl. auch TEZNER, Die Privatrechtstitel im öffentlichen Recht, im Archiv für öffentliches Recht 1894 S. 376 ff.

In beiden Fällen müssen die Normen, welche hierbei die Handlungsweise bestimmen, zu einer andern Ordnung gehören als die Normen des Völkerrechts. Das können aber nur Imperative des inneren Rechts sein.

In der Litteratur wird der Unterschied zwischen den genannten beiden Arten zwischenstaatlicher Verhältnisse nur sehr undeutlich empfunden. So unterscheiden z. B. FUNK-BRENTANO und SOREL „droit des gens“ und „droit des gens public“, wobei sie in das erstere die gesamten Rechte verlegen, welche jede Nation den Ausländern, ihrer Person und ihrer Habe gewährleistet[25]. In letzter Zeit hat auch der italienische Gelehrte CIMBALI[26] vorgeschlagen, das private Völkerrecht in eine besondere Disziplin auszuscheiden und alle Normen, welche die privaten zwischenstaatlichen Verhältnisse bestimmen, in diese Kategorie zu verlegen. Dabei muss nach CIMBALI's Ansicht ein solches diritto internazionale privato streng von dem unterschieden werden, was gewöhnlich diesen Namen trägt, nämlich der Lehre von der Kolision der Gesetze; anderseits hat es nichts mit dem diritto internazionale publico gemein, welches die öffentlichen Rechtsverhältnisse der Staaten normiert. Diese Theorie wurde in Italien und auch in Deutschland einer sehr scharfen Kritik unterzogen. Es wurde sehr richtig darauf hingewiesen, dass ein solches System völkerrechtlicher Normen, für das CIMBALI einen eigenen Namen vindiziert, gar nicht existiert, und dass diejenigen (privaten) Verhältnisse, welche er im Auge hat, von dem inneren Recht geregelt werden[27]. Eine richtige und vollkommen bestimmte Stellungnahme zu dieser Frage finden wir bei FR. v. LISZT. Im § 19 seines „Völkerrechts“, welcher von

---

[25] Précis du droit des gens 1887 p. 24.

[26] Di una nuova denominazione del cosi detto diritto internazionale privato e dei suoi effetti fondamentali, Roma 1893 (cit. bei KAHN, Ueber Inhalt, Natur und Methode des internationalen Privatrechts 1899 S. 4).

[27] KAHN, loc. cit.

den internationalen Rechtsverhältnissen handelt, führt er die „Ausübung von Hoheitsrechten“ als ein Element dieses Begriffes an[28]. Leider beschränkt sich LISZT auf einige wenige Definitionen und Beispiele, ohne die Frage in ihrem ganzen Umfange einer kritischen Analyse zu unterziehen, während doch das Verwechseln dieser beiden Arten von Rechtsverhältnissen zweifelsohne von grossem Schaden für die Konstruktion vieler Institute unserer Wissenschaft ist. Und es wäre wohl eine dankbare und nützliche Aufgabe für den Forscher, das ganze System des Völkerrechts von diesem Standpunkte aus einer Durchsicht zu unterziehen und mit kühner Hand all das zu entfernen, was nicht zu dieser Disziplin, sondern ins Gebiet des inneren Staatsrechts gehört.

In der folgenden Ausführung werden wir bei einigen speziellen Fragen verweilen und ihre völkerrechtliche Seite hervorzuheben suchen.

III.

Betrachten wir zuerst diejenigen Rechtsverhältnisse, die entstehen, wenn ein Staat das Eigentumsrecht auf ein Grundstück erwirbt, das sich auf fremdem Gebiet befindet.

Wie schon erwähnt, muss dieser Fall streng von dem Erwerb der Gebietshoheit unterschieden werden. Indem der Staat Grundeigentum auf fremdem Territorium erwirbt, bedient er sich gleich Privatpersonen der Formen und Titel des Civilrechts, wobei das imperium über das betreffende Grundstück dem Territorialsouverän verbleibt. In den Fällen jedoch, wo eine Erweiterung der Gebietshoheit des Staates stattfindet, unterwirft sich derselbe den Regeln des internationalen Rechts. Wie augen-

---

[28] Völkerrecht 1898 S. 104: „Rechtsverhältnisse, als deren Träger auf Seiten des Berechtigten wie des Verpflichteten ein Staat erscheint, sind nicht notwendig völkerrechtliche Rechtsverhältnisse. Sie sind dieses vielmehr nur dann, wenn den Inhalt dieser Berechtigungen und Verpflichtungen die Ausübung von Hoheitsrechten ausmacht, also von solchen Rechten, die Ausfluss der Staatsgewalt sind.“

scheinlich dieser Unterschied auch ist, wird er doch von vielen Schriftstellern konsequent ignoriert. So z. B. ruft LAURENT in seinem „Droit civil international" pathetisch aus: „Il serait absurde, que la Belgique put acquérir une province par un traité et que l'Etat Belge ne put acquérir à Paris un hôtel pour son ambassadeur"[29], und A. WEISS[30] ist mit diesem Ausspruch vollkommen einverstanden. Ebenso scheint auch FÉRAUD-GIRAUD der Ansicht zu sein, dass ein Staat als „personne politique" unbewegliches Eigentum in den Grenzen eines andern Staates besitzen kann[31].

Um den fundamentalen und prinzipiellen Unterschied dieser beiden Erwerbsarten klarzulegen, ist es nötig, wenn auch nur in kurzen Zügen, auf die rechtliche Natur der Gebietshoheit und den Mechanismus der Staatserweiterungen hinzuweisen. Der moderne Begriff der Gebietshoheit (souveraineté territoriale) unterscheidet sich in vielem von dem mittelalterlichen. Wie bekannt, trug der Feudalstaat einen patrimonialen Charakter. Die Landesherren sahen sich als die Eigentümer der Besitzungen an, über die sich ihre Macht erstreckte, wobei die letzte als ihr privates, der Entäusserung von seiten des Besitzers unterliegendes Recht gedacht wurde. Indem sie zu einander in Beziehungen traten, verfuhren sie mit ihren Besitzungen wie Eigentümer mit ihren Sachen, erwarben und veräusserten dieselben nach dem Schema des privaten römischen Rechts. In Deutschland erhielt sich diese patrimonialprivate Ordnung sehr lange; sogar am Ende des 18. Jahrhunderts konnte BIENER mit vollem Recht behaupten, dass „Germania tota regitur iure patrimoniali et herili"[32].

---

[29] t. IV p. 251.

[30] A. WEISS, A. LAINÉ, Consultations pour le gouvernement royal Hellénique sur l'affaire Zappa 1893 p. IX.

[31] FÉRAUD-GIRAUD, Etats et souverains etc. devant les tribunaux étrangers 1895 t. I p. 51.

[32] De natura et indole dominii 1780 p. 40. Vgl. HUGO PREUSS, Gemeinde, Staat, Reich 1889 S. 327.

Im 17. Jahrhundert gelang es der königlichen Gewalt in Frankreich, die Macht des Feudaladels endgiltig und unwiderbringlich zu brechen. Der krasseste Absolutismus trat auf und zugleich mit ihm die Anschauung, dass der Staat Eigentum des Königs sei. Die Herrscher begannen sich mit dem Staate zu identifizieren und alle Rechte der Unterthanen, das Recht des Privateigentums nicht ausgenommen, von der Gnade des Souveräns abzuleiten[33].

Unter solchen Umständen ist es ganz verständlich, dass auch in der Theorie die Lehre von der Gebietshoheit eine grell civilistische Färbung erhielt. Besonders deutlich trat das in der Doktrin des Völkerrechts hervor (siehe oben). Viele Institute dieser Disziplin erhielten eine civilrechtliche Konstruktion, unter anderem auch die Lehre von den modi acquirendi dominii in der Sphäre der zwischenstaatlichen Verhältnisse. Von Anfang an wurden als solche modi Erbschaft, Mitgift, Schenkung, Kauf und Verkauf, Tausch, Occupation, Verjährung u. s. w. anerkannt. Im Laufe der Zeit kamen noch das schiedsrichterliche Urteil und einige andere Titel hinzu.

Mit dem Falle der letzten Reste des Feudalstaates veränderte sich die Sachlage. An Stelle des alten, auf privatrechtlichem Fundamente erbauten Staates entstand ein neuer, auf öffentlichrechtlichen Grundlagen errichteter, politischer Organismus. Gleichzeitig musste sich auch die Konstruktion der Gebietshoheit umgestalten. Anfangs schüchtern, dann immer kühner schritt die Theorie auf diesem neuen Wege hin und schied aus diesem Begriff alle sachenrechtlichen Elemente aus. Ohne uns bei den Kontroversen aufzuhalten, die bis heute in betreff der juristischen Natur des Territoriums in der Litteratur herrschen, wollen wir bloss die Ansicht anführen, die,

---

[33] M. Landmann, Der Souveränetätsbegriff bei den französischen Theoretikern, 1896 S. 107 ff.

unserer Meinung nach, am meisten der wirklichen Sachlage entspricht[34].

Vom Standpunkt des heutigen Staatsrechts ist das Gebiet kein Objekt des Staates, sondern bloss ein Moment im Begriff desselben. Der Staat herrscht nicht über das Territorium, sondern in dessen Grenzen, und diese letzteren bestimmen nur die räumliche Sphäre der staatlichen Herrschaft. Auf diese Weise ist dem Territorium überhaupt der Charakter einer Sache genommen; das Verhältnis zwischen ihm und dem Staat hat nichts mit dem Verhältnis des Eigentümers zu seiner Sache gemein. Das Gebiet ist bloss der materielle Rahmen, in dem der politische Organismus sein imperium ausübt. Was aber das dominium, die Sachenrechte, anbetrifft, so kann davon nur dann die Rede sein, wenn der Staat — als Fiskus — gewisse Rechtsansprüche auf irgend ein Grundstück oder überhaupt ein Immobil geltend macht. Hierbei ist aber zu bemerken, dass wenn sogar das gesamte Territorium sich in Staatseigentum verwandeln sollte, die Gebietshoheit als solche doch keinen sachlichen und privatrechtlichen Charakter erhalten würde.

Wenn der hier dargelegte Standpunkt richtig ist, nämlich dass das Gebiet kein Objekt der Staatsherrschaft ist, so muss auch die Lehre von der acquisitio dominii ein ganz anderes Aussehen bekommen als das, welches ihr gewöhnlich gegeben wird. Indem ein Staat irgend ein Gebiet sich einverleibt, vermehrt er nicht sein „Vermögen", sondern erweitert bloss die gesetzlichen Grenzen seiner Herrschaft, seine Kompetenz ratione loci. Er erwirbt hierbei keine neue Gewalt, sondern verbreitet nur die seinige auf solche Gebiete, die sich bis dahin unter fremder oder überhaupt keiner Souveränität befanden[35].

Damit ein Staat (ratione loci) grösser oder kleiner werden

---

[34] Vgl. Hugo Preuss, op. cit. S. 263ff.; Heilborn, System des Völkerrechts 1886 S. 5ff. und Jellinek, op. cit. S. 355ff.

[35] Richtig: Huber, Die Staatensuccession. Leipzig 1898 S. 18.

kann, müssen zwei Bedingungen vorhanden sein. Erstens, ist es nötig, dass der Staat oder seine Organe in dem Rahmen und mit Beobachtung der Formen handle, die von der inneren Gesetzgebung festgesetzt sind. Der Wille des Staates muss sich also in einer gewissen, vom Gesetz bestimmten Richtung ausdrücken. Hierin stimmen alle modernen Gesetzgebungen überein, und auch die meisten Staatsverfassungen führen auf die allerkategorischeste Weise das Prinzip der Gebietsunteilbarkeit durch [36].

Zweitens, dürfen territoriale Erwerbungen eines Staates nicht die Rechte anderer Völker, Mitglieder der internationalen Völkergemeinschaft, verletzen. Die Bedingungen für die Rechtmässigkeit einer Erwerbung von diesem Standpunkte aus sind vom Völkerrecht festgesetzt; hier sind die Rechtstitel angeführt, auf die ein Staat sich berufen kann, um von den andern die Anerkennung der stattgefundenen Gebietserweiterung zu verlangen. In der Hauptsache können diese Bedingungen wie folgt zusammengefasst werden.

Bei seinem fortschreitenden Wachstum kann ein Staat erstens auf solche Landflächen stossen, die überhaupt unter keiner Souveränität stehen. In diesem Falle hindert ihn nichts, seine Macht — mit Beobachtung einiger Formalitäten — ad infinitum auszubreiten. Die Erwerbung vollzieht sich kraft Occupation, welche nichts anderes als eine Erweiterung der Grenzen der Staatsgewalt darstellt, ein Vorwärtsbewegen auf einer von rechtlichen Hindernissen freien Bahn. Sobald jedoch ein Landstrich oder Gebiet sich schon unter der Herrschaft eines Völkerrechtssubjekts befindet, kann von einer Occupation keine Rede sein, und eine Ausbreitung der Staatsgewalt ratione loci ist nur mit Einwilligung des Territorialherrn möglich. Nur auf Grund eines regelrecht geschlossenen und ratifizierten Vertrags ist ein Verringern des einen Staates und ein Wachsen des andern auf

[36] Siehe z. B. Art. 3 der Belgischen Konstitution vom Jahre 1868 u. s. w.

Kosten des ersten möglich. Diese Rechtsfigur trägt den technischen Namen einer Cession oder Abtretung[87]. Endlich sind auch solche Fälle denkbar — thatsächlich kommen sie sogar häufig genug vor —, dass ein Staat, nachdem er die Macht oder die Souveränität eines andern vernichtet hat, sich, sozusagen, selbst an dessen Stelle setzt. In diesem Falle sprechen wir von einer debellatio — Eroberung.

Zu diesen drei Titeln werden bei einer endgiltigen Analyse alle die sogen. „Mittel" der Erwerbung der Gebietshoheit zurückgeführt[88].

Wie man sieht, haben diese Titel mit den civilrechtlichen modi acquirendi dominii nichts gemein. Sie unterscheiden sich von denselben in der Form und in dem Endresultate, da ihr Ziel nicht Erwerb von Vermögensrechten ist, sondern in einer Erweiterung der staatlichen Kompetenz in räumlicher Hinsicht besteht. Anders verhält sich die Sache, wenn ein Staat irgend ein unbewegliches Eigentum auf fremdem Staatsterritorium erwirbt: in diesem Falle erscheint er nicht als ein politischer, sein imperium ausübender Organismus, sondern als Teilnehmer an dem allgemeinen Civilverkehr. Deshalb vollzieht sich auch eine solche Erwerbung nach den Normen des im Staate rei sitae geltenden Privatrechts und kann als das Resultat eines Kaufes, einer Schenkung, eines Erblasses u. s. w. erscheinen. Hier hängt alles von dem Standpunkte ab, der von der lokalen Gesetzgebung angenommen ist.

So kann letztere den Besitz von Immobilien in ihren staatlichen Grenzen fremden Mächten überhaupt nicht gestatten. In vielen Staaten haben bekanntlich Ausländer nicht das Recht, in einzelnen Rayons oder auch überhaupt überall unbewegliches Eigentum zu erwerben. Um so eher kann sich dieses Verbot auf fremde

---

[87] Es ist wohl kaum nötig zu bemerken, dass die Cession im internationalen Recht eine ganz andere Konstruktion hat als im Civilrecht.

[88] Vgl. Heimburger, Erwerb der Gebietshoheit 1888 Bd. I S. 103 ff.

Regierungen erstrecken. Indessen gestatten in unserer Zeit die meisten civilisierten Mächte fremden Regierungen Häuser, Grundstücke u. s. w. auf ihrem Gebiete zu besitzen[39]; jedenfalls enthalten nur die wenigsten Gesetzgebungen, wie eine von der griechischen Regierung in dem Falle Zappa ausgeführte Enquête das erwiesen hat, ein prinzipielles Verbot[40]. Aber wie dem auch sei, der fremde Staat als Besitzer muss sich in allem, was seine Sachenrechte anbetrifft, dem Gesetz rei sitae unterordnen. Nur unter dieser Bedingung kann der Territorialstaat Schutz und Verteidigung des Besitzes gewährleisten; nur in diesem Falle vermag der Territorialstaat sein imperium auszuüben, dem sich der besitzende Staat beim Erwerben des Immobils tacite oder implicite unterworfen hatte. Und diese Unterordnung — Subordination, im Gegensatz zur völkerrechtlichen Koordination — spricht sich besonders deutlich darin aus, dass gegen den fremden Staat als Eigentümer Klagen bei den Gerichten anhängig gemacht werden können. Ueberall erkennt die Praxis in solchen Fällen an, dass der fremde Staat unter der Jurisdiktion des Gerichts rei sitae steht, wobei der Streitfall natürlich nach den Landesgesetzen zu verhandeln und zu entscheiden ist und nicht auf Grund der Normen des Völkerrechts. Die Gesetzgebung und die Gerichtspraxis aller civilisierten Länder bestätigen dies vollkommen. Unter anderem ist das auch in Russland anerkannt. In dieser Hinsicht ist der Fall Agarkoff bemerkenswert, wo der russische Kassationshof (Senat) im Jahre 1893 seine Entscheidung abzugeben hatte. Die Umstände dieses interessanten Streitfalles sind folgende. Im Anfang der achtziger Jahre gedachte die italienische Regierung bei der Stadt Sebastopol einen Friedhof für die im Krimkriege gefallenen sardinischen Soldaten zu

---

[39] So sind z. B. die Regierungen gewöhnlich Eigentümer der von ihren diplomatischen Vertretern bewohnten Palais.

[40] Siehe eine Reihe von Aufsätzen im „Journal du droit international privé“ für das Jahr 1893. Vgl. FÉRAUD-GIRAUD, op. cit. p. 60 ff.

errichten und entsandte zu diesem Zwecke den Major Girardini nach Russland, welcher auch einen entsprechenden Platz auf dem Landgute Tschortschun des Ehrenbürgers Agarkoff fand. Es wurden Verhandlungen behufs Abtretung des nötigen Grundstücks an die italienische Regierung eingeleitet, doch führten sie zu keinem Resultat. Indessen reichte Agarkoff im Jahre 1890 beim Simferopoler Gericht erster Instanz eine Klage gegen die Regierung des italienischen Königreichs ein, in welcher er erklärte, dass der Major Girardini, ohne das Ende der Verhandlungen abzuwarten, mit der Einrichtung des Friedhofs auf seinem, des Agarkoff, Grund begonnen habe, weshalb er um die Wiederherstellung seiner verletzten Rechte bat. Das Gericht sah sich nicht für kompetent an, und der Odessaer Appellationshof bestätigte dieses Urteil. Der Kläger reichte darauf eine Kassationsklage ein, und der Senat kassierte das Urteil des Appellationshofs auf Grund einer ganzen Reihe von Erwägungen, von denen für uns hauptsächlich folgende von Interesse sind: in der Sphäre des öffentlichen Rechts und als Souverän oder höchste Gewalt, bemerkt der Senat, kann eine Regierung nur in ihren territorialen Grenzen handeln; ihr Recht als höchste Gewalt, folglich auch das Recht, von einer Civilgerichtsbarkeit befreit zu sein, erstreckt sich nicht darüber hinaus. Deshalb, wenn eine fremde Regierung auf einem ihr nicht unterstehenden Territorium irgendwelche Handlungen vollzieht, welche, wenn auch auf Erreichung ihrer staatlichen Zwecke gerichtet, doch mit den Eigentumsrechten der auf diesem Gebiete lebenden und nicht zu ihren Unterthanen gehörenden Privatpersonen kollidieren, so haben diese letzteren das unzweifelhafte Recht, sich in den vom heimatlichen Gesetz bestimmten Grenzen an das Gericht zu wenden. Und wenn die durch eine solche Rechtsverletzung hervorgerufene Klage nach den Gesetzen des Landes, wo die Sache vorgefallen ist, zur Kompetenz des Ortsgerichts gehört, kann letzteres die Annahme der Klage nicht verweigern.

Der Kassationshof hat somit ganz richtig das Prinzip festgesetzt, dass bei grundbesitzlichen Verhältnissen der fremde Fiskus der Jurisdiktion der Lokalgerichte untersteht. In dieser Lösung der Frage stimmen jetzt Theorie und Praxis überein[41].

IV.

Ein analoges Rechtsbild erhält man auch in den Fällen, wo einem fremden Staat nicht das Eigentumsrecht, sondern ein anderes dingliches Recht, als da sind: Besitz, Pfandrecht u. s. w. (über die Servitute siehe das folgende Kapitel), zuerkannt wird. Hier kann ebensowenig von einer Anwendung völkerrechtlicher Normen die Rede sein, und die daraus entstehenden Rechtsverhältnisse können, da sie auf dem Prinzip der Subordination des einen Subjekts basieren, nur vom inneren Recht normiert werden. Etwas komplizierter erscheint die Frage von der rechtlichen Natur derjenigen Rechtsgeschäfte, an denen sich der Fiskus beteiligt. Bekanntlich geschieht es nicht selten, dass Regierungen verschiedene Bestellungen in fremden Staaten machen, diese oder jene Artikel kaufen, mit Privatpersonen, Gesellschaften und Kompagnien diverse Verträge eingehen. Hierbei kommt es vor, dass zwischen den Kontrahenten Missverständnisse und Streitigkeiten entstehen, die ausländische Regierung erweist sich als ein unaccurater Zahler, oder es kommen im Gegenteil die Lieferanten ihren Verpflichtungen nicht nach u. s. w. Unter solchen Umständen gelangt die Sache häufig auch vors Gericht. In den Fällen, wo der fremde Staat als Kläger auftritt, entstehen

---

[41] Siehe z. B. das vom Institut für internationales Recht auf der Versammlung in Hamburg im Jahre 1891 angenommene „Projet de règlement international sur la compétence des tribunaux dans les procès contre les états, Souverains ou chefs d'états étrangers. art. VI § 1er: Les seules actions recevables contre un Etat étranger sont les actions réelles y compris les actions possesoires, se rapportant à une chose, immeuble ou meuble . . . Vgl. v. Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts Bd. II S. 673.

meistens keine Schwierigkeiten. Die heutige Wissenschaft[42] und auch die Gerichtspraxis[43] sprechen sich dahin aus, dass solche Klagen zur Jurisdiktion der Ortsgerichte gehören, wobei letztere, gleich allen Gerichten, je nach Umständen, dieses oder jenes positive Recht anzuwenden haben — lex loci contractus, lex personalis debitoris u. s. w.

Strittiger und komplizierter wird die Frage von der Kompetenz der Lokalgerichte in den Fällen, wo der fremde Staat als Beklagter erscheint. Hier geben die Doktrin und die Praxis zwei diametral entgegengesetzte Antworten. Vom Standpunkte einer sehr zahlreichen Gruppe von Autoren (Foelix, v. Holtzendorff, Cuveiller, Gabba, Dudley-Field, Bluntschli, Phillimore u. a.[44]) sind die Ortsgerichte für die Beurteilung solcher Fälle prinzipiell inkompetent[45]. Dieselbe Anschauung wird auch vielfach von den Gerichten durchgeführt. Zu ihrer Rechtfertigung wird gewöhnlich folgendes angeführt: 1. kraft seiner Souveränität kann ein Staat sich nicht der Jurisdiktion eines andern unterwerfen, da par in parem non habet potestatem; 2. könnte ein dem Beklagten ungünstiges Urteil leicht die freundschaftlichen Beziehungen zu ihm trüben und sogar zu einem vollständigen Bruche führen; 3. ist die Vollstreckung eines Urteils, das einen fremden Staat zum Ersatz des verursachten Schadens, der Verluste u. s. w. kondemniert, überhaupt ganz unmöglich. Eine nähere Betrachtung dieser Argumente zeigt indessen, dass sie

---

[42] Vgl. v. Bar's Abhandlung im „Journal du droit international privé“ 1885 S. 646 ff. Die Entscheidung der Berliner juristischen Fakultät in dem Falle Zappa, ibid. 1893 S. 477; Ducroc in der „Revue du droit public“ 1894 S. 57 ff.; Féraud-Giraud, op. cit. t. I p. 108.

[43] Siehe z. B. das Urteil des Seinegerichts vom 3. März 1875 („Journal du droit international privé“ 1876 p. 271).

[44] Eine ausführliche Aufzählung der Schriftsteller dieser Richtung siehe bei Féraud-Giraud, op. cit. t. I p. 29.

[45] Mit Ausnahme jedoch der Klagen, die sich auf sachenrechtliche Verhältnisse beziehen.

wohl kaum eine besondere Beweiskraft haben. Das erste Argument ist, wie v. BAR[46] bewiesen hat, bloss das Produkt eines Missverständnisses; der Aphorismus par in parem non habet potestatem bezieht sich ausschliesslich auf das Feudalrecht und speziell auf die Kriminaljurisdiktion. Zudem vergreift sich ja das Ortsgericht, indem es den fremden Fiskus als Beklagten heranzieht, nicht im geringsten an der Souveränität des fremden Staates, da die Funktionen des Fiskus ihrer Natur nach sich vollkommen von den Funktionen des Staates als eines politischen Organismus unterscheiden.

Was das zweite Argument betrifft, so kann es wohl kaum irgendwelche juristische Bedeutung haben und stützt sich ausschliesslich auf politische Bedenken. Es bleibt also bloss das dritte — die faktische Unmöglichkeit, gegen fremde Staaten gerichtete Urteile zu vollziehen. Vom praktischen Standpunkte aus kann diesem Argument eine gewisse Bedeutung nicht abgesprochen werden: es ist in der That nutzlos, Gesetze zu erlassen, wenn man nicht die Möglichkeit besitzt, sie anzuwenden; und eine fremde Regierung zu einer bestimmten Handlung zu zwingen, ist meistens faktisch unmöglich. Indessen darf man nicht ausser Acht lassen, dass von seiten des beklagten Staates die Nichterfüllung eines gegen ihn gerichteten Urteils nicht nur eine politische Taktlosigkeit, sondern auch eine wahre laesio iuris ist, die im Notfalle höchst unliebsame Folgen in Form von Repressalien u. s. w. nach sich ziehen kann, so dass auch dieses Argument in den Augen des Juristen wohl kaum eine ausschlaggebende Bedeutung, zumal für die prinzipielle Konstruktion der Frage, haben kann.

Die Unhaltbarkeit dieser Beweisführung ist indessen schon längst in der Litteratur erkannt worden, und man kann eine ganze Reihe von Schriftstellern nennen, welche die Lehre von der

---

[46] Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts Bd. II S. 680ff.

Inkompetenz der Ortsgerichte dem fremden Fiskus gegenüber nicht anerkennen. Hierher gehören von den neuesten Bonfils, v. Hartmann, v. Bar, Laurent, Weiss, Despagnet u. e. a. Aber auch diese gestehen gewisse Einschränkungen ein und versuchen eine Grenze zwischen Handlungen des Staates, die ratione gestionis, und denen, die ratione administrationis unternommen werden, zu ziehen, wobei nur die ersteren als den Gerichten unterstehend angesehen werden.

Wir wollen hier nicht in das Wesen dieses Streites eingehen, da die rechtliche Struktur eines Rechtsverhältnisses nicht davon abhängig gemacht werden kann, ob hierbei eine Klage möglich sei oder nicht. Bei dem heutigen Stande des Rechtsbewusstseins ist es in der That schwer, sich vorzustellen, dass das Prinzip der Zuständigkeit eines fremden Staates den Gerichten des Klägers in seiner ganzen Reinheit durchzuführen ist. In der Praxis könnte speziell die Ausführung des Urteils häufig Grund zu verschiedenen Streitigkeiten und Missverständnissen geben. Deshalb ist es vorsichtiger und auch richtiger, die Mittelstrasse einzuschlagen[47] und die Kompetenz der Lokalgerichte nur in einigen Fällen anzuerkennen. Die Frage, ob ein Rechtsverhältnis der Lokaljurisdiktion untersteht oder nicht, ändert jedoch nicht seine Natur, jedenfalls erhält es dadurch keinen völkerrechtlichen Charakter. Sogar bei gewissen Handlungen ratione administrationis kommt der Staat nicht mit einem politischen Organismus zusammen, sondern das vinculum iuris wird zwischen ihm und einem mit Hoheitsrechten nicht ausgerüsteten Subjekt hergestellt. Deshalb muss jeder Vertrag zwischen Staat und Privatpersonen auf Grund des inneren Rechts beurteilt und qualifiziert werden. Diese Regel ist, unserer Ansicht nach, auch in den Fällen anzuwenden, wo die lokalen Gerichte für die Beurteilung der Sache nicht kompetent sind und daraus ein völker-

[47] Wie das auch das Institut für internationales Recht gethan hat. Siehe das (S. 21 Anm.) citierte Reglement.

rechtlicher Konflikt entsteht. Nehmen wir an, der Staat A bestellt bei dem Lieferanten N, der ein Unterthan des Staates B ist und daselbst auch sein Domizil hat, irgendwelche Artikel der Heeresausrüstung und verweigert nach Effektuierung des Auftrags die Zahlung der vereinbarten Kosten. Nehmen wir ferner an, dass N sich mit einer Klage an das Ortsgericht wendet, welches sich in dieser Sache für inkompetent erklärt, und dass der Staat B sich endlich selbst in den Streit mischt und einen diplomatischen Schriftwechsel eröffnet. Auf was für Normen werden sich die Parteien berufen? Es ist klar, dass die Bestimmung der Ansprüche und Pflichten des Staates B sich auf demjenigen inneren Recht begründen muss, welches von Anfang an das Verhältnis regelte. Ein Verlegen der Frage in das Gebiet des Völkerrechts wird nur in dem Falle statthaft sein, wenn der Staat A willkürlich sich weigert, seinen Verpflichtungen nachzukommen. Hier hätten wir dann eine wirkliche laesio iuris, die im stande wäre, Repressionen von seiten des Staates B hervorzurufen.

Wie man aus diesem Beispiele ersehen kann, spielt die Frage von der Möglichkeit einer gerichtlichen Einmischung nur eine untergeordnete Rolle; die juristische Konstruktion des Rechtsverhältnisses wird von etwas ganz anderem bedingt, nämlich davon, zwischen wem die Abmachung stattgefunden hat, der Vertrag geschlossen ist. Wenn beide Kontrahenten zwei von einander völlig unabhängige Staaten sind, so haben wir es mit einem völkerrechtlichen Vertrag im engeren Sinne des Wortes zu thun, wenn aber an dem Geschäft eine Privatperson teilnimmt, so hört das Verhältnis auf durch die Normen des internationalen Rechts geregelt zu werden und untersteht der inneren Gesetzgebung.

V.

Das Verwechseln der Begriffe eines völkerrechtlichen und eines innerrechtlichen Rechtsverhältnisses erklärt auch die Verworrenheit und die Widersprüche, an denen die Lehre von den

sogen. Staatsservituten so reich ist. Bei dieser Frage erlauben wir uns zum Schluss unserer Abhandlung etwas eingehender zu verweilen. Der römische Begriff des Servituts ist nicht vor dem Ende des 17. Jahrhunderts in das Gebiet des öffentlichen Rechts übertragen. Wie es scheint, hat zuerst VITRIARIUS den Ausdruck servitus iuris publici gebraucht[48]. Seinem Beispiele folgten alsbald viele andere Juristen, und zum Anfang des 18. Jahrhunderts kann man schon eine ganze Reihe von Dissertationen nennen, die speziell dieser Frage gewidmet sind. In der civilistischen Struktur der damaligen Verhältnisse und der Anschauung, dass Landesherren Eigentümer sind, fand die Lehre von den staatsrechtlichen Servituten einen für ihre Entwicklung sehr geeigneten Boden. Und vom Standpunkte des Staatsrechts des Deutschen Reichs und der dasselbe bildenden politischen Organismen erschien die Konstruktion der einem Souverän im Gebiete eines andern gehörenden Rechte als Servitut vollkommen statthaft.

In der Doktrin jedoch wurde der neue Begriff zuerst von ENGELBRECHT angewandt[49]. Seiner Ansicht nach können alle einem Souverän auf fremdem Grund in modum servitutis gehörenden Rechte in zwei Kategorien geteilt werden: zur ersten gehören die, welche ex luculentissima iuris naturalis et gentium scaturigine demanent et absque pacto hominum debeantur, das sind servitutes iuris publici universalis sive iuris gentium[50], d. h. Servitute des Völkerrechts. Zur zweiten Kategorie gehören diejenigen Rechte, welche bloss conventione vel praescriptione vel alio modo acquiri possunt. Sie nennt ENGELBRECHT servitutes iuris publici

[48] VITRIARIUS, Institutiones juris publici Romano-Germanici. Lugd. 1686 Vgl. die ausführliche Monographie von CLAUSS, Die Lehre von Staatsdienstbarkeiten 1894 S. 47.

[49] JOH. CHRIST. CONRAD ENGELBRECHT, De servitutibus juris publici sine juribus praecipio in imperio Rom.-germ. imperantis etc. 1715.

[50] Der Ausdruck serv. juris gentium ist zuerst von HARPPRECHT gebraucht worden.

particularis oder Servitute des Staatsrechts. Die spätere Litteratur benutzte diese Teilung und begann eine selbständige Bearbeitung beider Institute. Die staatsrechtlichen Servitute (deren Erforschung besonders durch GÖNNER[61] gefördert ist) beiseite lassend, wollen wir sehen, welche Form im Laufe der Zeit die ENGELBRECHT'sche Theorie von den servitutes iuris gentium erhalten hat. Einen weiteren Versuch, die Frage theoretisch zu begründen, finden wir bei CHR. WOLF. Jede Nation, sagt er, indem sie irgend ein Land occupiert, erwirbt dabei nicht bloss das imperium, sondern auch das dominium; gleichwie der Eigentümer einer Sache einer andern Person ein beliebiges Recht auf dieselbe überlassen kann, so kann auch der Staat auf seinem Gebiet ein Servitut zu Gunsten einer andern Macht errichten. Solche iura in re aliena sind völlig identisch mit den Rechten an eine fremde Sache, welche von dem (natürlichen) Civilrecht geschaffen sind. Sich bei ihnen besonders aufzuhalten und eine eigene selbständige Theorie für sie aufzustellen, dazu liegt nicht die geringste Notwendigkeit vor: „istius modo enim iura pro servitutibus territorium haberi ex servitutis definitione patet, non igitur opus est, ut ad specialia descendamus[62].“

Auf diese Weise emaniert das völkerrechtliche Servitut, nach WOLF's Ansicht, unmittelbar aus der Natur des Völkerrechts, welches als ein privates, auf die gegenseitigen Verhältnisse der Nationen übertragenes Naturrecht gedacht wird. Diese Lehre ist eigentlich der ganzen Theorie der völkerrechtlichen Servituten zu Grunde gelegt worden. In ihren allgemeinen Umrissen wird sie auch zu unserer Zeit in den meisten Lehrbüchern wiederholt, überall wird ihr ein mehr oder weniger bedeutender Platz ein-

---

[61] N. TH. GÖNNER, Entwickelung des Begriffs und der rechtlichen Verhältnisse deutscher Staatsrechtsdienstbarkeiten 1800. Dieser Schriftsteller unterscheidet streng zwischen privaten, staatlichen und völkerrechtlichen Servituten und behandelt ausschliesslich die zweite Gruppe. Trotzdem berufen sich fast alle Völkerrechtslehrer auf ihn.

[62] Jus naturae t. III cap. 6, t. V cap. 6 § 1267.

geräumt, und man operiert damit als mit etwas vollkommen Unbestreitbarem und Bestimmtem.

Wie einfach aber das allgemeine Schema auch sei, so ruft doch eine nähere Analyse der einzelnen Elemente dieses Begriffs die grössten Meinungsverschiedenheiten hervor. So behaupten einige Gelehrte z. B., dass es ausser den auf Vertrag beruhenden Servituten noch natürliche internationale Dienstbarkeiten giebt, denen alle Staaten kraft ihrer gemeinsamen Nachbarschaft unterworfen sind. Als Beispiel wird hierbei auf die Ströme hingewiesen, die durch das Gebiet mehrerer Mächte fliessen, deren natürlicher Lauf von keinem dieser Staaten zum Schaden der andern abgelenkt werden darf[53]. Die Mehrzahl der Schriftsteller verhält sich jedoch negativ zu dieser Kategorie und erkennt völkerrechtliche Servitute nur auf Grund von Verträgen an.

Auch bei der Bestimmung des Umfanges dieses Begriffs gehen die Ansichten auseinander. Nach der bis jetzt noch verbreitetsten Ansicht muss unter einem Staatsservitut jegliche Art einer dauernden Beschränkung der Hoheitsrechte des einen Staates zu Gunsten eines andern verstanden werden. Diese Anschauung teilen KLUEBER, FIORE, CALVO, HEFFTER u. v. a. Vom Standpunkte anderer kann indessen von Staatsservituten nur im Falle einer Beschränkung der Gebietshoheit zu Gunsten eines andern Staates die Rede sein. So sind, nach der Definition von CLAUSS, „Staatsservitute dauernde, durch speciellen Vertrag geschaffene Beschränkungen der Gebietshoheit eines Staates gegenüber einem andern Staat[54].

Diese Ansicht unterstützen auch BRIE[55], RIVIER[56] u. e. a. Wie wir eben gesehen haben, liegt dieser ganzen Lehre die

---

[53] HEFFTER, Völkerrecht § 34.

[54] CLAUSS, op. cit. S. 143.

[55] Abhandlung in v. STENGEL's „Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts“ Bd. II S. 573.

[56] Principes du droit des gens t. I p. 297.

Vorstellung zu Grunde, dass das Territorium Objekt der staatlichen Herrschaft ist. Dementsprechend wird das Servitut als ius in re (territorio) aliena konstruiert. Inwieweit diese Ansicht an und für sich richtig ist, hatten wir schon Gelegenheit zu bemerken. Vom Standpunkte des modernen öffentlichen Rechts herrscht der Staat nicht über das Territorium, sondern in den Grenzen desselben. Deshalb muss auch das Servitut in der Sphäre der völkerrechtlichen Verhältnisse als ein absoluter juristischer Nonsens angesehen werden, denn eine sachliche Beschränkung ist nur da denkbar, wo ein sachliches Recht vorhanden ist. Indessen, wie schon mehrfach bemerkt, handelt der Staat in der Sphäre der völkerrechtlichen Beziehungen nicht bloss in der Rolle eines Trägers des imperium, sondern auch als ein Subjekt von privaten Vermögensrechten. Als solches kann der Staat wohl einer fremden Regierung irgend ein Stück Land verkaufen, sowie auch einige andere Rechte, als da sind usus, usu fructus u. s. w., abtreten. In diesen Fällen entsteht zweifelsohne ein gegenüber einem fremden Staate errichtetes Servitut. Von diesem Standpunkte kann man dann unserer Meinung nach von völkerrechtlichen Servituten reden, muss aber dabei stets im Auge behalten, dass die gegenseitigen rechtlichen Verhältnisse hierbei nicht von dem internationalen, sondern vom inneren Recht rei sitae geregelt werden.

Um unseren Gedanken deutlicher zu machen, erlauben wir uns einige Beispiele anzuführen.

Der Staat A erwirbt durch Kauf irgend ein im Staate B gelegenes Gebäude; dabei kann es leicht vorkommen, dass auf diesem Gebäude irgend ein Servitut, z. B. non altius tollendi, das Recht des Durchgangs u. s. w. lastet, anderseits kann ein ebensolches Servitut zu seinen Gunsten auf irgend einem Nachbargebäude oder Grundstück existieren. Hier hängt alles von dem Ortsgesetz ab, ob dasselbe in solchen Fällen iura in re aliena zulässt oder nicht.

Ebenso kann sich der Staat A das Recht ausbedingen, eine Eisenbahnlinie durch irgend einen dem Staate B gehörenden Landstrich zu führen[67]. Hierbei ist zu bemerken, dass B nur in dem Falle das Recht besitzt, dem Staate A diese Konzession zu erteilen, wenn das ganze betreffende Grundstück ihm gehört. Wenn also das Land Privateigentum dritter Personen ist, über das der Staat nur ein hoheitsrechtliches imperium besitzt, so ist eine vorhergehende Expropriation nötig.

Analoge Verhältnisse können bei der Errichtung einer Telegraphen- oder Telephonlinie, eines Unterseekabels u. s. w. entstehen. Indessen spielt in allen diesen Fällen nicht das Territorium als solches die Rolle eines praedium serviens, sondern nur ein konkreter Teil desselben, welcher als Objekt des Eigentumsrechts des Fiskus erscheint, und dabei nach der allgemeinen Regel nicht sein privates, sondern sein öffentliches Eigentum vorstellt. Meistens wird ja das praedium serviens zum domaine public de l'Etat — zum Staatseigentum — gehören, weshalb alle Streitigkeiten in diesen Sachen sich als der Jurisdiktion der Ortsgerichte nicht unterstehend erweisen werden. Im Grunde genommen ändert das aber die Sache nicht, da alle Rechtsverhältnisse zwischen den beiden Subjekten — den Staaten — von dem inneren Recht desjenigen Landes normiert werden, in dem sich das praedium serviens befindet[68]. Indem ein Staat auf fremden Grund und Boden Servitutsrechte erwirbt, unterwirft er sich tacite dem fremden Gesetz. Im Falle eines Streites wäre eine Berufung auf die Normen des Völkerrechts vollkommen unstatthaft, da letzteres nur diejenigen Rechtsverhältnisse normiert, als deren Subjekte unabhängige, ihre Hoheitsrechte ausübende politische Organismen erscheinen.

Bloss in diesen engen Grenzen kann man unserer Meinung

---

[67] Vgl. Meili, Eisenbahnverträge in Holtzendorff's „Handbuch des Völkerrechts" Bd. III S. 263.

[68] Vgl. v. Liszt, Völkerrecht S. 105.

nach von Staatsservituten reden. Was aber die Fälle betrifft, wo ein Staat zu Gunsten eines andern seine souveränen Rechte einschränkt, so kann man in ihnen nur rein obligatorische Verhältnisse sehen. Und den Verfechtern der entgegengesetzten Meinung ist es bis jetzt wohl kaum gelungen, irgendwelche thatsächliche Beweise für die Richtigkeit ihrer Ansicht zu liefern. Gewöhnlich beschränkt man sich auf Behauptungen und Exemplifikationen und nur sehr selten kommt es zum Argumentieren. Es wird z. B. auf die Analogien hingewiesen, die zwischen privatrechtlichen und völkerrechtlichen Servituten bestehen, zugleich aber auch verschiedene Einschränkungen gemacht, die im Grunde genommen die ganze Lehre entkräftigen. So wird z. B. behauptet[59], dass das praedium dominans und das praedium serviens nicht notwendigerweise aneinander zu stossen brauchen, sondern im Gegenteil beträchtlich von einander entfernt sein können; dass die Bestimmungen des Civilrechts, terminus u. s. w. betreffend, hier nicht anwendbar sind u. a. m.[60]

Diese ganze Lehre ist im Grunde genommen auf rein aprioren Erwägungen aufgebaut und hat als Hauptstützpunkte erstens die Auffassung des Völkerrechts als eines Systems privater zwischenstaatlicher Verhältnisse und zweitens die civilistische Konstruktion der Gebietshoheit. Indem man von einer präsumptiven Analogie zwischen Privat- und Völkerrecht ausgeht, folgert man, dass, wenn im ersten das Institut der Servitute besteht, es auch im letzteren vorhanden sein müsse. Das ist, wie wir schon gesehen haben, WOLF's Standpunkt, der wie ein roter Faden durch die gesamte Litteratur unserer Wissenschaft geht. Als wichtigstes (man kann sogar sagen einziges) Argument für die Theorie des internationalen Servituts wird der Umstand hervorgehoben, dass bei Abtretung eines servitutbelasteten Teils des Territoriums

---

[59] So v. HOLTZENDORFF im „Handbuch des Völkerrechts" Bd. II S. 247.

[60] RIVIER, Principes du droit des gens t. I p. 298.

das Servitut nicht aufhört zu bestehen, sondern im Gegenteil das praedium dominans (der das Servitut besitzende Staat) alle seine Rechte behält.

Eine solche Erwägung ist jedoch schwerlich im stande, die Frage zu klären, da sie hauptsächlich auf einem Missverständnisse beruht. Die Sache ist die, dass wenn irgend eine Lehre des Völkerrechts sich durch ihre Strittigkeit und Unsicherheit auszeichnet, es gerade die Theorie der Gebietsveränderungen und ihrer rechtlichen Folgen ist. So ruft im speziellen die Frage von dem Einflusse dieser Veränderungen auf schon bestehende Vertragsverhältnisse die grössten Zweifel hervor. In der Litteratur finden wir hier diametral verschiedene Ansichten; während die einen (z. B. F. v. Martens[61]) behaupten, dass im Prinzip alle internationalen Rechte und Pflichten des „verschiedenen" Staates auf dessen „Erben" übergehen, versuchen andere (z. B. Kiatibian[62]) zu beweisen, dass der Tod eines Staates alle ihn bindenden Traktate löst, so dass dieselben nicht auf den Staat übergehen, der des ersteren Erbe antritt. Nur in einem Punkte stimmen die Vertreter beider Richtungen gewöhnlich überein: nämlich bei der Bestimmung der rechtlichen Kraft und Bedeutung derjenigen Verträge, die bei einer teilweisen Gebietsabtretung das in Frage kommende Grundstück betreffen und es sozusagen belasten. Diese Verträge, heisst es, verbleiben in Kraft, da durch sie ein Sachenrecht auf das Territorium, dieses oder jenes Servitut geschaffen wird. Es entsteht also ein circulus vitiosus: die Verträge gehen deshalb auf den neuen Besitzer über, weil ihr Objekt eine völkerrechtliche Verpflichtung ist, und völkerrechtliche Verpflichtungen oder Beschränkungen der Souveränetät des Cedenten tragen aus dem Grunde einen sachenrechtlichen Charakter, weil der Cessionar sie einzuhalten ver-

[61] Völkerrecht Bd. I §§ 67, 68.

[62] Kiatibian, Conséquences juridiques des transformations territoriales des états sur les traités 1892 p. 8 et suiv., 35 et suiv.

pflichtet ist. Und aus diesem Kreise könnte man nur dann einen Ausgang finden, wenn bewiesen würde, dass der Begriff des Servituts direkt aus der Natur des völkerrechtlichen Rechtsverhältnisses emaniert. Bis jetzt hat jedoch noch kein theoretischer Erforscher des Völkerrechts diesen Weg betreten.

Die Mängel und Widersprüche dieser Theorie konnten nicht umhin, die Aufmerksamkeit der Gelehrten auf sich zu ziehen. Es traten auch „Leugner" des Instituts der Völkerrechtsservitute auf. Schon im 18. Jahrhundert suchte SCHMIDT[63] zu beweisen, dass nur das dominium und nicht auch das imperium Objekt eines Servitutes sein könne und dass „male servitutis vocabulum a iure privato ad ius publicum est translatum". Indessen blieb seine Ansicht augenscheinlich ohne jeden Einfluss auf die nachfolgende Litteratur. Von den jetzigen Schriftstellern haben sich v. BULMERINCQ[64] und GAREIS[65] als Gegner der Servitute in der Sphäre der völkerrechtlichen Verhältnisse erklärt. Jedoch ist bei ihnen der Protest vielmehr intuitiv, wenn man so sagen kann, als theoretisch begründet. Der erste Versuch, das Institut der Staatsservitute einer Durchsicht vom Standpunkte der juristischen Natur der zwischenstaatlichen Verhältnisse zu unterziehen, gehört, wie es uns scheint, FR. v. LISZT (Völkerrecht, § 19); in den Hauptzügen stimmen seine Ansichten mit denen überein, welche wir hier ausführlicher zu begründen versucht haben.

---

[63] JOACH. ERDMANN SCHMIDT, De servitutibus iuris publici falso nomine sic appellatis. Jena 1764 (CLAUSS, op. cit. S. 56).

[64] Völkerrecht 1889 § 49.

[65] Institutionen des Völkerrechts 1888 S. 178.

Literatur.

Sir Courtenay Ilbert, Legislative Methods and Forms. Oxford, Clarendon Press; London und New-York, Henry Frowde; London, Stevens & Sons, Limited; 1901. XXXI u. 372 S. gr. 8°.

Das Werk enthält eine Art von äusserer englischer Rechtsgeschichte mit vergleichendem Hinblick auf die Rechtsentwicklung in Frankreich und Deutschland, vor Allem aber eine kritische Schilderung der Art und Weise, wie in Gegenwart und Vergangenheit in England und Indien gesetzgeberische Maassnahmen technisch vorbereitet werden und wurden. Auch die Rechtsentwicklung und Vorbereitung der Gesetzgebung in den britischen Kolonien ist, soweit Material dafür zu Gebote stand, behandelt. Man könnte das Werk als ein Lehrbuch der englischen Gesetzgebungstechnik bezeichnen, in erster Linie berechnet für diejenigen, welche in Gegenwart und Zukunft an der englischen Gesetzgebung mitzuarbeiten berufen sind. Da ihm aber schwerlich ein analoges Werk in den kontinentalen Staaten an die Seite zu stellen ist, wird es auch für die kontinentale Gesetzgebung werthvolle Anregungen zu geben vermögen, denn eine entsprechende Anwendung der von dem Verf. entwickelten Lehren wird, wenn auch in manchen Beziehungen durch die staats rechtlichen und nationalen Verschiedenheiten ausgeschlossen, doch in vielen wichtigen Punkten möglich sein. Endlich bietet es reiche Belehrung für Jeden, der sich mit englischen Gesetzen und englischem Recht zu befassen hat, indem es die vielfach fremd anmuthenden Formen, in denen sich auch die heutige englische Gesetzgebung auf Grund ihres historischen Werdeganges noch bewegt, dem Verständniss näher bringt. Das Buch beruht in seinem Haupttheile auf einer mehr als dreissigjährigen amtlichen Erfahrung des Verf., die er bei Vorbereitung gesetzgeberischer Maassnahmen in England und Indien, besonders 1882—1886 als Law Member of the Council of the Governor-General of India, seit 1886 als Parliamentary Counsel to the treasury gewonnen hat. Das indische Amt, welches vor ihm unter Anderen der bekannte juristische Schriftsteller Sir James Stephen bekleidete, bot dem Verf.

auch die Veranlassung zu seinem anderen Hauptwerke „The Government of India". Die Entstehungsgeschichte der erwähnten beiden Aemter, die Schilderung der damit verbundenen Funktionen und der darin geleisteten gesetzgeberischen Arbeit bilden gewissermaassen den Mittelpunkt des Werkes.

Das englische Recht, beruhend auf einer mehr als sechshundertjährigen volksthümlichen und centralisirten Gesetzgebung und einer gleichfalls centralisirten Rechtspflege, obwohl einheitlich und national, wie kein anderes zur Zeit herrschendes Recht, zeigte sich zugleich, dank seiner über die Jahrhunderte sich vertheilenden Entstehung und Entwicklung, unübersichtlich und an Ueberfülle des Stoffes krankend, wo es sich darum handelte, die einzelnen Rechtssätze in den Quellen nachzuweisen, wie kein anderes. Seit den Zeiten Eduard's VI. und der Königin Elisabeth waren daher die Bestrebungen englischer Rechtsgelehrter und Staatsmänner auf Reinigung und Vereinfachung vor Allem des statutarischen Rechts gerichtet. Welche Arbeit dabei zu leisten war, beweist unter Anderem die Thatsache, dass die erste Ausgabe der revidirten Statuten (1870—78) die vorhandenen 118 Bände der Statuten durch 18 Bände ersetzt hat. Als Unterlage für die noch im weiten Felde liegende Gesammtkodifikation suchte man das vorhandene statutarische Recht nicht nur durch Ausmerzung aufgehobener oder veralteter Bestimmungen zu „revidiren", sondern auch durch Vereinigung der dieselbe Rechtsmaterie betreffenden, in verschiedenen Statuten verstreuten Bestimmungen zu einem neuen Akt zu „konsolidiren", endlich einzelne Rechtszweige in erschöpfender Behandlung der betreffenden Materie zu „kodifiziren". Was das Gebiet der Kodifikation anlangt, auf dem nach des Verf. Ansicht von allen Ländern Deutschland bisher den grössten Erfolg erzielt hat, so hat sie für England bisher erst zu drei Spezialgesetzen: Bills of Echchange Act 1882, Partnership Act 1890 und Sale of Goods Act 1893 geführt, wogegen die Konsolidation, wofür als Beispiel der grosse Merchant Shipping Act 1894 dient, sich über weite Rechtsgebiete erstreckt hat. Im letzten Jahrhundert stellte sich ferner das Bedürfniss heraus, neben dieser Bearbeitung des vorhandenen Rechts, welche in der laufenden Gesetzgebung zum Ausdruck kam, letztere überhaupt mehr wie bisher in einer den Anforderungen einer gesteigerten juristischen Technik entsprechende Form zu bringen und systematisch bei allen neuen Gesetzen auf Einheitlichkeit der Sprache, Klarheit und Kürze des Ausdrucks, Vermeidung von Widersprüchen mit anderen Rechtsnormen, Logik und Uebersichtlichkeit des Aufbaus u. dgl. hinzuwirken. Schon William Pitt hatte zu Ende des 18. Jahrhunderts einen ständigen „parliamentary draftsman" angestellt, welcher Gesetzentwürfe für die Regierung abzufassen oder vom Parlamente ausgehende zu begutachten hatte. Zu Beginn der Regierung der Königin Victoria war dieser Beamte dem Ministerium des Innern (home secretary) unterstellt, aus dem die wichtigsten Gesetzentwürfe hervorzugehen pflegten. Später stellten sich jedoch Unzuträglichkeiten heraus, weil keine Bürgschaft dafür gegeben war, dass die einzelnen Regierungs-

abtheilungen nicht Gesetzentwürfe vorlegten, für welche das Ministerium in seiner Gesammtheit die Verantwortlichkeit nicht übernehmen konnte und die in Bezug auf Fassung an allerlei Mängeln litten, unter Umständen auch erhebliche finanzielle Folgen hatten. So schuf man im Jahre 1869 das Amt des Parliamentary Counsel to the treasury als eine Centralinstanz für gesetzgeberische Maassnahmen, welche dem Schatzamte (treasury) und damit dem regelmässig als Premierminister fungirenden First Lord of the treasury und zugleich dem Finanzminister (Chancellor of the Exchequer), als Mitglied des Schatzamtes, unterstellt wurde. Die Aufgabe des Parliamentary Counsel besteht darin, auf Anweisung des Schatzamtes Gesetzentwürfe abzufassen, bezw. den von den anderen Abtheilungen ausgehenden Vorschlägen die richtige Form zu geben, das Ministerium in Gesetzgebungsfragen zu berathen und von privaten Mitgliedern des Parlaments gemachte Vorschläge zu begutachten. Das Amt ist ausser dem Vorstand besetzt mit dem Assistant Parliamentary Counsel und dem erforderlichen Büreaupersonal. Es stehen ihm jährlich £ 1500 zur Heranziehung von rechtsgelehrten Hülfsarbeitern zu Gebote. Die Gehälter der beiden Counsels (£ 2500 bezw. £ 2000) entsprechen der Munifizenz, mit der in England, dem klassischen Boden des Rechtsstaates, die der Rechtspflege dienenden Beamten honorirt zu werden pflegen, und gewährleisten das Angebot von juristischen Kräften ersten Ranges. Ebenfalls im Jahre 1869 wurde in Indien die Gesetzgebungsabtheilung der Regierung (legislative department of the Government of India) mit dem Law Member of the Governor-Generals Council an der Spitze eingeführt mit analogen Funktionen, wie die des Parliamentary Counsel in England. Auf die vom Verf. geschilderten Einzelheiten der Thätigkeit beider Aemter, die darin bisher geleistete Arbeit und die erzielten Erfolge, wie auch auf den weiteren Inhalt des Buches näher einzugehen, würde hier zu weit führen. Das Gesagte wird aber genügen, um darzuthun, wie sehr der Verf. auf Grund einer derartigen amtlichen Thätigkeit kompetent ist, das Thema seines Buches zu behandeln. Auf dem Kontinente dürfte zu einer ähnlichen langjährigen, ausschliesslichen und vor Allem praktischen Beschäftigung mit Fragen der Gesetzestechnik kaum Gelegenheit geboten sein. Zwar hat auch das Reichsjustizamt die Aufgabe, die in das Gebiet der Rechtspflege einschlagenden Gesetzentwürfe vorzubereiten und andere Gesetzentwürfe nach Bedarf vom juristischen Standpunkte aus zu begutachten, und hat bekanntlich, besonders für die kodifizirende Gesetzgebung, ganz Hervorragendes geleistet. Dasselbe ist aber zugleich eine centrale Verwaltungsbehörde, die in Vertretung des Reichskanzlers politische Obliegenheiten zu erfüllen hat, und es erscheint daher ausgeschlossen, dass ihr Vorstand oder auch nur einzelne Räthe in der Lage sind, sich so intensiv und dauernd mit der formellen Gestaltung der Reichsgesetzgebung und ihrer beständigen Vervollkommnung in technischer Hinsicht zu befassen, wie es im Interesse einer leichten und sicheren Handhabung des Rechts zu wünschen wäre. Ob sich eine der englischen analoge

Einrichtung als selbständige Abtheilung des Reichsjustizamtes empfiehlt, dürfte vielleicht der Erwägung werth sein.

Leipzig. Reichsgerichtsrath Dr. Hagens.

Heinr. Triepel, Professor Dr., Wahlrecht und Wahlpflicht. Dresden, v. Zahn & Jaensch, 1900. 59 S. gr. 8°. M. 1.20.

Dem Verf. gebührt das Verdienst, die vielfach angeregte, aber, wie er mit Recht bemerkt, bislang nur oberflächlich behandelte Frage des Wahlzwangs gründlicher beleuchtet zu haben. Er zeigt zunächst das höchst beschränkte Anwendungsgebiet, das über Belgien und über einige wegen der Kleinheit der Staatswesen als Vergleichsobjekte nicht geeignete Schweizer Kantone nicht hinausgeht und das uns nirgends irgendwie brauchbares statistisches Material für die Wirksamkeit des Zwangs liefert. Es werden sodann die ungeheuren Schwierigkeiten dargelegt, die der praktischen Durchführung des Zwanges und der Erzielung der davon erhofften Erfolge entgegenstehen. Bei Untersuchung der Frage, ob sich der Zwang überhaupt innerlich rechtfertigen lasse, kommt Verf. zu einem völlig ablehnenden Ergebnisse. In der Begründung seines Satzes wird man ihm nicht durchweg beistimmen können. Er hält sich dabei zu sehr auf dem Boden des Abstrakten. Er meint z. B., Mirabeau's Forderung, dass die Volksvertretung die Ansichten des Volkes wiederspiegeln müsse, wie die Karte die Gestaltung des Landes, würde bedingen, dass das Parlament jeden Monat, ja jede Woche neu gewählt werden müsse. Mit nichten! Wenn Wahlen nach Natur der Sache nur in längeren Zeiträumen stattfinden können, dann muss es desto mehr als geboten anerkannt werden, dass wenigstens im Zeitpunkte der Wahlen selbst diese kein falsches, sondern ein möglichst getreues Bild liefern. Und wenn Verf. es für „Aberglauben" erklärt, dass die Wahlen den Willen eines Volkes darstellen sollen, dessen Frauen, Kinder (!) und Soldaten nicht mitstimmen dürfen, so muss die Gegenfrage gestellt werden, was sie dann darstellen. Allerdings gibt es nach konstitutioneller Ordnung (etwa von Auflösungswahlen abgesehen, z. B. der Septennatswahl) keinen Volkswillen über Gesetze; aber in den Wahlen drückt sich immerhin der Wille der stimmberechtigten Volksglieder (kurzweg des „Volks") über die Zusammensetzung des Parlaments aus.

Lassen sich aber auch diese Gründe nicht annehmen, das Endergebniss kann nicht abgewiesen werden, so lange nicht, um mit dem Verf. zu reden, das Uebel an der Wurzel angegriffen wird, das in Unbildung, Stumpfheit, Trägheit oder in den Folgen überlebter Wahlsysteme zu suchen ist. So lange die Einerwahlen in abgezirkelten Wahlkreisen bestehen, würde der Wahlzwang, wie mit Recht betont wird, namentlich bei Stichwahlen, nichts Anderes bedeuten, als dass eine ganze Reihe von Wählern gezwungen werden

sollte, gegen ihre Meinung oder für einen Dritten zu stimmen und letzteren Falle eine gänzlich aussichtslose oder ungültige Handlung vornehmen. Verf. weist unwiderleglich nach, dass, solange solche Einrichtungen bestehen, der Wahlzwang ein innerlich verwerfliches und zudem folgloses Flickmittel sein würde. Es ist zu begrüssen, wenn ein solches der Erörterung ausgeschlossen und diese dadurch genöthigt wird, dem Kernpunkte der Wahlfrage näher zu kommen. Dieser liegt im Einer-System. Rezensent meint: erst, wenn mit Verhältnisswahlen wir der Gerechtigkeit, der Freiheit des Einzelnen und der Unabhängigkeit der Parteien von einander näher gerückt sein werden, erst dann kann der Frage näher getreten werden, ob Wahlzwang einzuführen und durch welche Androhungen er aufrecht zu erhalten sei.

K. Gageur.

Arthur Mamelok, Die juristische Person im internationalen Privatrecht. Zürich, E. Rascher, 1900. VII u. 351 S. gr. 8 M. 4.50.

Der Verf. hat in diesem Buche eine Reihe der schwierigsten Probleme des internationalen Privatrechts mit grosser Sachkenntniss und gründlicher Benützung der Fachlitteratur erörtert. Die Wichtigkeit der juristischen Personen wächst von Tag zu Tag, sie betheiligen sich immer mehr an den grossen Verkehr und schaffen dadurch Fragen des internationalen Privatrechts. Die Staatsaufgaben haben eine bedeutende Erweiterung erfahren. Die Idee vom reinen Rechtsstaate gehört der Vergangenheit an, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates sind heute viel weiter gezogen als in vergangenen Jahrzehnten. Fiskalische, volkswirthschaftliche, sozialpolitische Beweggründe führen, wie der Verf. in der Vorrede sagt, auf den verschiedensten Gebieten menschlicher Thätigkeit zu Verstaatlichungen. Diese Entwicklung führt zu einer Reihe von Fragen des internationalen Privatrechts. Der Verf. hat daher mit Recht angenommen, dass eine Schilderung der internationalrechtlichen Stellung der juristischen Personen bei der Bedeutung, welche gerade diesen Rechtsträgern zukommt, der Theorie wie der Praxis Interesse bietet.

Den breitesten Raum der besonderen Erörterungen hat der Verf. den beiden heterogensten Formen der juristischen Personen, dem Staate als Fiskus und den mit „Persönlichkeit begabten Handelsgesellschaften", besonders den Aktiengesellschaften, zugewiesen. In der That sind die anderen Typen der juristischen Personen für den internationalen Verkehr minder bedeutsam.

Der Verf. hat die gesammte Darstellung in zwei Haupttheile zerlegt, einen allgemeinen und einen speziellen Theil. In jedem dieser Theile wurden zunächst das geltende Recht, die herrschenden theoretischen Anschauungen, dann die Vorschläge de lege ferenda erörtert.

Der Verf. beginnt seine lehrreichen Ausführungen mit einer Darstellung
r spezifischen Schwierigkeiten der internationalrechtlichen Beurtheilung
istischer Personen. Diese Schwierigkeiten bestehen nach der Ansicht des
rf. zunächst darin, dass bei den juristischen Personen nothwendiger Weise
chtssubjekt und Willenssubjekt auseinanderfallen müssen, mit anderen
orten, dass das Rechtssubjekt von der Person oder der Personenmehrheit,
lche für die juristische Person Rechtshandlungen vornimmt, zu unterheiden ist; weiters liegen aber die Schwierigkeiten in der ausserordentlich
ossen Mannigfaltigkeit der juristischen Personen, welche wieder in der
erschiedenheit der religiösen, wirthschaftlichen und sozialen Verhältnisse
ıd Zwecke, auf denen die juristischen Personen beruhen, ihren Grund hat.
ie „Nationalität" der juristischen Personen des Privatrechts wird, wie
LAMELOK entsprechend der herrschenden Lehre ausführt, in der Regel durch
ıren Sitz bestimmt. Eine etwaige Genehmigung oder sonstige Mitwirkung
iner Behörde eines Staates kann für sich allein nicht genügen und entcheidend sein. Der Verf. verweist mit Recht in dieser Hinsicht auf § 80
3. G.-B. für das Deutsche Reich. Nach dieser Gesetzesstelle ist die Geıehmigung des Bundesrathes erforderlich, wenn eine Stiftung ihren Sitz nicht
n einem Bundesstaate haben soll. Vorausgesetzt ist hier, dass die Stiftung
ıuf einem im Inlande errichteten Stiftungsgeschäft beruhe. Als Sitz einer
juristischen Person gilt derjenige Ort, der im Statut als solcher bezeichnet
ist, Mangels einer ausdrücklichen Festsetzung der Ort, wo die Verwaltung
geführt wird (vgl. § 19 deutsch. C.-P.-O., § 75 österr. Jurisdiktionsnorm,
§§ 24, 80 B. G.-B. für das Deutsche Reich). Auch MAMELOK spricht
von einem internationalen Gewohnheitsrechte, welches dahin geht, dass in
den meisten Kulturstaaten fremde juristische Personen prinzipiell, abgesehen
von ausdrücklichen einschränkenden Bestimmungen, Anerkennung als selbständige Rechtssubjekte geniessen. Doch handelt es sich nach der Ansicht
MAMELOK's nicht um „gemeines" Recht, sondern um „gemeinsames" Recht,
das in jedem Staat bezüglich seines Ursprungs und seines Geltungsumfangs als
internes Recht anzusehen ist. Der Verf. verweist insbesondere auf die Modifikationen, welche dieses Gewohnheitsrecht durch das neue Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich erleidet (Art. 10 Einf.-G. z. B. G.-B. und
§§ 23 und 80 B. G.-B.).

In einem besonderen Kapitel erörtert der Verf. die Bedeutung der Staatsverträge, der in Staatsverträgen vorkommenden Klauseln, namentlich der Meistbegünstigungsklausel (S. 41 ff.). Der Verf. bespricht hier die bekannte Kontroverse, welche sich an Art. 11 des Frankfurter Friedensvertrages vom 10. Mai 1871 geknüpft hat. Der Verf. billigt mit Recht die Entscheidung des französischen Kassationshofes vom 14. Mai 1895, welche ausgesprochen hat, dass aus der Meistbegünstigungsklausel des Art. 11 in Verbindung mit den anderen Staaten von Frankreich bezüglich ihrer Gesellschaften gemachten Zugeständnissen die rechtliche Exi-

stenz der deutschen Aktiengesellschaften in Frankreich hergeleitet werden müsse.

Das Wesen der Anerkennung einer fremden juristischen Person besteht nach der Ansicht des Verf. darin, „dass, wenn ein Substrat nach dem Rechte eines bestimmten Staates fähig ist, unter Annahme einer bestimmten Willensorganisation Rechtssubjekt zu werden, und wenn es wirklich Persönlichkeit erlangt hat, es in dieser seiner ursprünglichen Form sich überall grundsätzlich sein Personalstatut berufen und Anerkennung seiner Rechtsfähigkeit beanspruchen kann, ohne dass hierdurch über den konkreten Inhalt der letzteren etwas bestimmt ist". Dieser nicht sehr glücklich gefasste Satz ist eigentlich nur eine Umschreibung des von Mamelok richtig ausgeführten Rechtssatzes, dass die formellen wie die materiellen Bedingungen der Erlangung der Rechtsfähigkeit sich nach dem Personalstatut der juristischen Person richten. Gleichgiltig ist es, ob sich für die ausländische juristische Person, der nach ihrem Personalstatute Rechtsfähigkeit zukommt, im inländischen Rechte ein Ebenbild oder auch nur eine ähnliche Art vorkommt. Die englische corporation sole ist auch in Oesterreich als eine rechtsfähige Korporation anzusehen, wenngleich diese Art dem österreichischen Rechte fremd ist.

Mit der herrschenden Lehre im Widerspruch ist das Ergebniss der Untersuchungen des Verf. über die Zweckthätigkeit und insbesondere den Gewerbebetrieb fremder juristischer Personen: Eine Zweckbestimmung sei wesentliches Erforderniss für das Entstehen und Bestehen der juristischen Personen; ob der betreffende Zweck geeignet sei, Grundlage der juristischen Person zu bilden, entscheide nicht das Personalstatut, sondern das Recht desjenigen Staates, in dem Rechtsfähigkeit in Anspruch genommen wird. Wenn der Zweck der juristischen Person durch ein internes oder völkerrechtliches absolutes Prohibitivgesetz verpönt sei, so sei ihr jede Rechtsfähigkeit zu versagen, wenn aber ein relatives Prohibitivgesetz vorliege, dann sei die Rechtsfähigkeit anzuerkennen. Praktisch freilich ist der Unterschied äusserst gering. Die herrschende Lehre wird eine ausländische juristische Person, die nach ihrem Personalstatute rechtsfähig ist, zwar für das Inland als rechtsfähig ansehen, ihr jedoch dann, wenn sie nach inländischem Rechte verbotene Zwecke verfolgt, das Klagerecht versagen.

Nach Ansicht des Verf. ist die Parteifähigkeit der juristischen Personen nicht nur die erste, sondern auch die einzige, nothwendige Folge der Anerkennung fremder juristischer Personen. Jedoch kommt auch dieser Abweichung von der herrschenden Lehre eine erhebliche praktische Bedeutung nicht zu; denn auch nach der Ansicht Mamelok's behalten „Geschäfte einer juristischen Person, die sie im Auslande abgeschlossen hat, wenn sie sich nicht auf den eigentlichen Gegenstand ihrer Operationen beziehen, ihre Gültigkeit und Klagbarkeit immer, und wenn sie sich unmittelbar auf ihre Operationen beziehen, nur dann nicht, wenn das inländische Verbotsgesetz oder die gewerberechtliche Beschränkung eine lex perfecta ist" (S. 79).

Nach einer eingehenden Erörterung der Rechtsverhältnisse fremder juristischer Personen im Einzelnen und das sie beherrschende örtliche Recht, und zwar in den Fragen des Grundeigenthumserwerbes und des Niessbrauchs, der Fähigkeit zum lukrativen Erwerb, der Privilegien, der Handlungs- und Deliktsfähigkeit und des Eides der juristischen Personen bespricht der Verf. die Vorschläge des „Institut de droit international", welche in der Session in Kopenhagen im Jahre 1897 beschlossen wurden. Der Verf. anerkennt, dass dasjenige, was das „Institut de lege ferenda" vorgeschlagen hat, im Grossen und Ganzen dem bestehenden Rechtszustand entspricht. Der Verf. erklärt sich mit der unterschiedslosen Gleichstellung aller juristischen Personen nicht einverstanden und hält eine Berücksichtigung des Zweckes der fremden juristischen Personen bei der Frage der Anerkennung für angebracht. Die Durchführung dieses Gedankens scheint dem Verf. in Art. 10 Einf.-G. z. B. G.-G. für das Deutsche Reich am sichersten verbürgt.

Im speziellen Theile bespricht der Verf. die internationalrechtliche Stellung einiger besonderer Typen der juristischen Person, und zwar die Stellung des Staates und der Handels-, insbesondere der Aktiengesellschaften. Nach einer Erörterung des Falles Zappa, welcher der Wissenschaft eine grosse Anregung gegeben und eine ganze Litteratur hervorgerufen hat, legt der Verf. die Erwerbsfähigkeit fremder Staaten und das Prinzip der Spezialität, die internationalrechtliche Behandlung vakanter Erbschaften und des Vermögens erloschener juristischer Personen, die Stellung des fremden Staates als Prozesspartei in Theorie und Praxis dar (S. 120ff.).

Ausserordentlich gründlich und von hohem Werthe für Theorie und Praxis sind die Ausführungen des Verf. über die Anerkennung fremder Aktiengesellschaften, über den Rechtszustand über diese Frage in einzelnen Staaten, insbesondere im Deutschen Reiche, in Frankreich, Oesterreich und in Italien, ferner über das die einzelnen Rechtsbeziehungen fremder Gesellschaften beherrschende örtliche Recht, namentlich über den Geltungsbereich des Personalstatuts und über das auf die Filialen anwendbare örtliche Recht.

Dem Verf. des vorliegenden Buches kann die Anerkennung nicht versagt werden, dass er durch seine gewissenhafte und gründliche Abhandlung einen werthvollen Beitrag zur Literatur des internationalen Privatrechtes geleistet hat. Sein Buch wird sicherlich in der Theorie und in der Praxis die gebührende Achtung und Schätzung erlangen.

Wien. Dr. Gustav Walker.

Augusto Pierantoni, Die Fortschritte des Völkerrechts im XIX. Jahrhundert. Uebersetzt von Dr. **Franz Scholz.** Berlin, Vahlen, 1899. 132 S. M. 3.—.

Zu Arbeiten, wie die vorliegende, können wir in Deutschland nur schwer taugliche Stellung finden, von der aus eine allseitige gerechte Würdigung

des Gebotenen möglich wird. Sie bleiben uns fremd, auch wenn wir die Sprache des Originals beherrschen, und wenn sie uns auch in so trefflicher Uebersetzung geboten werden, wie es beim vorliegenden Buche der Fall ist. Dr. SCHOLZ hat mit feinem, sachlichem Gefühl abgetönt, wo die berauschende Rhetorik des italienischen Meisters der Rede das Nachdenken mehr erschwert als befördert, er hat auch den litterarischen Apparat fachkundig ausgebaut und ergänzt. Trotz alledem ist die Studie im deutschen Kleide erratisch in unserer fachlichen Gesammtlitteratur. Sie leidet an zwei Grundfehlern: der Unterschied zwischen einer begeisternden Rede und einer wissenschaftlichen Untersuchung ist nicht bloss im psychologischen und ästhetischen Effekt gelegen, sondern er ist stofflicher Natur. Beim Uebergang aus dem einen Aggregatzustand in den andern ändert sich die Substanz und damit ihre spezifische Wirkung. Bei aller darauf verwandten Mühe versagt die Mosaik der aneinander gereihten Citate und leuchtkräftigen Bruchstücke. Es fehlt am künstlerisch und wissenschaftlich befriedigenden Gesammteindruck, der der festlichen Rede PIERANTONI's sicher nicht abging.

Die zweite Fehlerquelle ist prinzipieller Natur. PIERANTONI glaubt, der Fortschritt des Völkerrechts im XIX. Jahrhundert sei idealer Natur, sei in der Hebelkraft der „grands mots" zu suchen, in der Propaganda gewisser leitender Prinzipien, so des Nationalitätsprinzips, des Prinzips der Nicht-Intervention etc. Ich kann vom Standpunkte des positiven Völkerrechts diese Ueberschätzung der Wechselwirkung zwischen Ideen nnd historisch-praktischer Gestaltung des Völkerlebens nicht theilen. Meiner am diplomatischen Aktenmaterial und internationalen Vertragsstoff gewonnenen Ueberzeugung nach liegt der Fortschritt des Völkerrechts im XIX. Jahrhundert weit weniger in der ausgebreiteten Herrschaft grosser in Allgemeingeltung stehender Ideen als im unendlich verzweigten Detail der positiven verkehrsrechtlichen Institutionen. Wenn ich in Rhetorik hier verfallen wollte, würde ich sagen: die Briefmarke und die Postanweisung, das metrische System und der Morse'sche Apparat, Ursprungscertifikate und Handlungsreisende etc. haben weit mehr zur Ausgestaltung des internationalen, rechtlich geordneten Verkehrs, zur Ueberbrückung der Gegensätze beigetragen, als volltönende Prinzipien mit engbegrenzter realer Durchführbarkeit.

Mein Widerspruch soll natürlich diejenigen nicht abhalten, zum anregend geschriebenen Buch zu greifen, die auch in wissenschaftlichen Fragen an fliessender Causerie Geschmack finden. Stoerk.

G. De Lapradelle, La Conférence de la Paix. [Extrait de la Revue de droit international public.] Paris, A. Pédone, 1900.

Der erste grössere und tiefergehende Versuch, die auf der Haager Konferenz zur diplomatischen Fassung gebrachten Grundsätze rechtsgeschichtlich und dogmatisch zu verarbeiten. Die Vorarbeiten und die Berichte der Kommissionen, die Verhandlungen in pleno etc. sind mit Sorgfalt zur Feststellung der Tragweite und praktischen Tendenz der einzelnen Sätze verwerthet und zwischen diesen und der bisherigen Staatspraxis die rechtsgeschichtliche Verbindung hergestellt. Der Verf. hält sich ziemlich weit von kritikloser Ueberschätzung des Erreichten, er ist aber auch nicht gewillt, sich das Gold seiner Hoffnungen entwerthen zu lassen. Er will sich mit dem Schlussworte des Präsidenten der Konferenz im Bosch zufrieden geben: „Attendons la moisson." De Lapradelle ist um ein gut Theil jünger als der greise Präsident Baron v. Staal, er hat daher noch ein gutes Recht, auf Ernte zu hoffen. Stoerk.

Rudolf Herrmann von Herrnritt, Nationalität und Recht, dargestellt nach der österreichischen und ausländischen Gesetzgebung. Wien, Manz, 1899. X u. 148 S. M. 3.60.

Die hohe Verantwortlichkeit, die dem politischen Parteileben zukommt, zeigt sich regelmässig nicht in kurzen Fristen. Die Mühlen mahlen langsam. Wenn die parteipolitische Gesetzgebung, die einer parteipolitischen Doktrin die scharfe Ausprägung in positiven Rechtsnormen gegeben, ihre weitreichenden Schatten auf das Gedeihen und die Entwicklung eines Volkes hemmend gelegt hat, dann ist die Partei bereits längst von der Bildfläche verschwunden, die „verantwortlichen" Wortführer sind aus der Reihe der „Gesetzgeber" ausgeschieden, — aber ihr Werk steht noch aufrecht und wirkt nach im ganzen Kreislauf des staatlichen Organismus. Die freilich noch recht dürftige „Lehre von den Parteien" müsste diesem ausschlaggebenden Punkte unter dem Stichworte „Klinke der Gesetzgebung" gewissenhaftere Prüfung als bisher zuwenden. Als warnendes Exempel könnte sie die doktrinäre Formel des Artikel XIX des österreichischen Staatsgrundgesetzes über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger als Grundlage des unbeschränkten österreichischen Nationalitätsrechtes verwerthen. Die endlosen Wirren, die für den an Naturgaben wie Volkskräften so reichen Kaiserstaat aus jener abstrakten Formel der nationalen Gleichberechtigung hervorgegangen sind, zeigt das treffliche Buch von Herrnritt's in deutlichsten Umrissen. Jenseits der schwarz-gelben Grenzpfähle ist man gar zu häufig geneigt, auf das cisleithanische Sprachenproblem mit dem stillen Gefühl staatsmännischer Ueberlegenheit herab zu sehen. Man ist da zu leicht zur Annahme geneigt, dass seine Schwierigkeiten nach dem älteren Schema des

gordischen Knotens mit der nöthigen „Schneidigkeit“ gelöst werden könnten. Diese billige Staatsweisheit kann aus der eingehenden rechtshistorischen und dogmatischen, gewissenhaften Darstellung von HERRNRITT's die ganze Tragweite der Grundfrage kennen lernen und ihre engste Verkettung und Verknüpfung mit der gesammten Rechtsordnung der alten habsburgischen Monarchie. Verf. geht auf die juristisch schwierigsten Seiten der Frage ein bei Prüfung der persönlichen und territorialen Voraussetzungen bei Verwirklichung des individuellen Auslebens im nationalen Idiom, er sucht mit Aufgebot grossen Scharfsinns die feinen Grenzlinien festzulegen zwischen den Begriffen der Stammessprache, Muttersprache, Landessprache und der „landesüblichen“ Sprache, und zeigt uns die Einwirkung dieser verschiedenen Rechtsfiguren auf die Gestaltung des öffentlichen Lebens, ihre administrative Berücksichtigung im System der Staats- und der autonomen Selbstverwaltung. Ueberraschend wird dem Fernerstehenden die Thatsache erscheinen, dass der im Rechtsleben sonst so kräftigen Potenz des Herkommens, der Observanz im österreichischen Sprachenrecht eine so relativ geringe Bedeutung, insbesondere zu Gunsten der deutschen Amts- und „Staatssprache“, zukommt. Man wird aber auch hier sich an der Hand der abgeklärten rein sachlichen Ausführungen des kundigen Verf. mit der durch die doktrinäre Gesetzgebung der sechziger Jahre geschaffenen Rechtslage zufrieden geben müssen und mit ihm annehmen, dass für die vorherrschende Stellung der deutschen Sprache nur dort gleichsam die rechtliche Vermuthung streitet, wo besondere durchbrechende oder aufhebende Bestimmungen des Reichs- und Landesrechts nicht vorliegen. Angesichts der vom Verf. ausführlich nachgewiesenen Unsicherheit der Kompetenzgrenzen zwischen der gesetzgebenden und der Verordnungsgewalt auf dem Gebiete des Sprachenrechts wird wohl auch in dem Punkte dem Verf. zuzustimmen sein, dass sich auf dem Boden der jetzt geltenden Reichsverfassung eine befriedigende Lösung des Sprachenkonflikts durch „gesetzliche Regelung“ nicht erzielen lassen kann. Diesen todten Punkt im System des österreichischen Verwaltungssystems an der Hand einer parteilosen Darstellung wissenschaftlich festgestellt zu haben, ist ein anerkennenswerthes Verdienst des Verf., der sich schon in seinem „Oesterreichischen Stiftungsrecht“ (Wien 1896, Manz) als gründlicher Kenner der österreichischen Verwaltungsgeschichte erwiesen und seine Stellung in der fachlichen Literatur befestigt hat.

Stoerk.

Georges Cauwès, L'extension des principes de la Convention de Genève aux Guerres maritimes. Paris, L. Larose, 1899.

J. Meyer, Geschichte der Genfer Konvention. Schriften der Vereine vom Rothen Kreuz. Herausgegeben von **G. Pannwitz.** Heft 1. Berlin, H. Heymann's Verlag, 1901.

Cauwès giebt eine der gründlicheren Vorarbeiten für einen solchen Programmpunkt der Haager Konferenz, der in der That, aller Voraussicht nach, zu praktischen Ergebnissen führen wird. Er zeigt dabei die lange Entwicklungslinie, die das Postulat durchlaufen musste, um zu einem Bestandtheil der internationalen Rechtsordnung zu werden.

Dieselbe Aufgabe hat sich die kleine Studie des Landgerichtsraths J. Meyer gestellt, die, für die weiten Kreise der Rothen-Kreuz-Vereine bestimmt, den Gegenstand in populärer und klarer Darstellung behandelt. Da wir ausser der recht schwerfälligen Arbeit Lueder's keine handliche Schrift über die Genfer Konvention besitzen, ist die flott ausgestattete kleine Publikation allerdings geeignet, das Interesse weiterer Kreise für die Sache zu wecken. Stoerk.

Hector Pétin, Les États-Unis et la Doctrine de Monroe. Paris, Rousseau, 1900.

Nicht frei von Wiederholungen und kleinen Unrichtigkeiten zeigt uns das Buch unter angemessener Verwerthung der wichtigen Vorarbeiten, namentlich von Moore, Desjardins, Paul Leroy-Beaulieu, Barclay, Bustamante u. A., sowie des diplomatischen Aktenmaterials die bemerkenswerthen Schwankungen, die sich in der Staatspraxis der Vereinigten Staaten bemerkbar machen, soweit das im Titel verzeichnete Prinzip in Betracht kommt, das angeblich den festen Direktionspunkt für die auswärtige Politik der Freistaaten abgeben sollte. Hector Pétin führt, wie mir scheinen will, mit guten Beweismitteln den Nachweis, dass das Prinzip mannigfach durchlöchert, heute nur noch einen dekorativen Bestandtheil des „Amerikanischen Völkerrechts" bildet. Es bindet als Maxime das System der übrigen Staatengesellschaft, es hat aber seine willensbindende Kraft für die Union selbst längst eingebüsst. Stoerk.

Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät Freiburg.

Preisausschreiben
der
Dr. Rudolf Schleiden-Stiftung.

Die rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät Freiburg i. B. setzt in Gemässheit der bei ihr bestehenden Dr. Rudolf Schleiden-Stiftung einen Preis von

Eintausend Mark

für die beste Arbeit über folgendes Thema fest:

„Die Kriegscontrebande in der Völkerrechtswissenschaft und der neueren Staatenpraxis.“

Die Preisbewerbung geschieht unter folgenden Bedingungen:

1. Die Arbeiten müssen bis zum 1. März 1903 bei dem Dekan der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät Freiburg i. B. unter Geheimhaltung des Namens des Verfassers eingereicht werden.

2. Die Preisschriften müssen in deutscher Sprache verfasst und mit einem Motto versehen sein. Jeder Preisschrift ist ein versiegelter Umschlag beizulegen, welcher das Motto als Aufschrift trägt und die eidesstattliche Versicherung des Bewerbers enthält, dass er die Abhandlung selbständig verfasst hat. Der Unterschrift ist die Adresse des Verfassers beizufügen.

3. Die Fakultät kann einer theilweise befriedigenden Arbeit einen Theilpreis zuerkennen, sie kann, wenn mehrere des vollen Preises würdige Arbeiten eingegangen sind, den Preis theilen.

4. Wenn die des Preises würdige Arbeit gedruckt wird, so ist auf dem Titel des Werkes zu vermerken, dass die Arbeit von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät Freiburg i. B. mit dem Preise der Schleiden-Stiftung gekrönt ist.

5. Die Entscheidung über die eingegangenen Arbeiten wird am 1. August 1903 am schwarzen Brett, ausserdem in denjenigen Zeitschriften und Zeitungen bekannt gemacht, in denen die Preisbewerbung ausgeschrieben war.

6. Die eingereichten Arbeiten bleiben zur Verfügung des Verfassers auf der Universitätskanzlei niedergelegt. Nicht gekrönte Arbeiten, deren Verfasser binnen Jahresfrist nach dem Anschlag der Entscheidung sich nicht gemeldet haben, werden nebst den uneröffneten Umschlägen vernichtet.

Freiburg i. B., den 1. August 1901.

Der Dekan:

von Schulze-Gävernitz.

Sachregister.







ARCHIV

FÜR

ÖFFENTLICHES RECHT.

HERAUSGEGEBEN

VON

Dr. PAUL LABAND **Dr. OTTO MAYER**

PROFESSOREN DER RECHTE IN STRASSBURG I. E.

UND

Dr. FELIX STOERK

PROFESSOR DER RECHTE IN GREIFSWALD.

SECHZEHNTER BAND.

VIERTES HEFT.



TÜBINGEN UND LEIPZIG

VERLAG VON J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK)

1901.

INHALT.

C. A. Wagner's Universitäts-Buchdruckerei in Freiburg i. B

